This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 103 174 751

HARVARD LAW LIBRARY

Received AUG 24 1920

ÉTUDES

SUR LA

CONDITION LÉGALE DES FEMMES

DANS LA FAMILLE.

Paris. — Imprimerie de Pommeret et Moreau, 42, rue Vavin.

ÉTUDES

SUR LA

CONDITION LÉGALE DES FEMMES

DANS LA FAMILLE

PAR J. BONIFACE-DELCRO,

Avocat.

PARIS

ALEXANDRE JOHANNEAU,

LIBRAIRE DE L'ACADÉMIE FRANÇAISE, POUR LES PRIX DE M. MONTYON,

Et de la Société libre des Beaux-Arts,

RUE BAILLET, 4, PRÈS LA RUE DE LA MONNAIE.

1858

For TX
B7153

AUG 24 1920

PRÉFACE.

Que n'a-t-on pas contesté dans notre siècle? Le plus beau privilége de l'humanité, le progrès, a lui-même rencontré des sceptiques. Montrez-nous, ont-ils dit, cette prétendue loi des sociétés. Nous voyons les peuples naître, se développer, puis s'affaisser enfin sous le poids de leur civilisation, après avoir signalé leur passage en ce monde par quelques découvertes utiles ou augmenté leur bien-être dans une certaine mesure; mais nous cherchons vainement quel profit l'humanité a jamais recueilli de toutes ces agitations qu'on voudrait déguiser sous le nom pompeux de progrès.

Nous allons essayer de combattre cette étrange théorie dans la mesure de nos forces, en recherchant quelle a été la condition des femmes dans la famille; nous montrerons combien cette condition fut misérable et comment elle s'est peu à peu mo-

difiée, grâce surtout à l'influence du christianisme, qui proclama si haut dans le monde le dogme saint de l'égalité et le respect de la personnalité humaine.

Ce résumé historique, qui rattachera ainsi le passé au présent, permettra de saisir plus nettement l'état actuel de notre législation et d'apprécier la mesure du progrès qu'elle-même a laissé à l'avenir le soin de réaliser.

PREMIÈRE PARTIE.

RÉSUMÉ HISTORIQUE.

§ 1. De la condition des femmes chez les anciens peuples de l'Orient.

Si l'on compare la législation des Hébreux à celle des nations voisines, on reconnaîtra que la puissance maritale y fut tempérée par un certain respect pour la personne de la femme. La condamnation de l'adultère (1), la défense de convoiter la femme d'autrui (2), l'obligation d'épouser la vierge séduite (3), la protection garantie à la veuve (4), furent autant de préceptes par lesquels la loi de Dieu consacra l'indissolubilité du mariage et l'égalité des deux sexes. Néanmoins les Hébreux n'échappèrent pas entièrement à la loi des civilisations naissantes ; ce n'est que par degrés que les peuples s'élèvent à la notion de la justice et que le droit en s'épurant se dégage de la force. Aussi la femme juive fut-elle condamnée au rôle de servante dans la famille de son mari qui pouvait la répudier à tout instant, et qui

(1) Décalogue, art. 14.
(2) Décalogue, art. 17.
(3) Exode, chap. 22, ℣ 16.
(4) Exode, chap. 22, ℣ 22.

jouissait du droit de polygamie. Plusieurs passages de l'Ecriture nous signalent, en outre, l'usage du concubinat, qu'il ne faut pas cependant confondre avec le concubinage tel que nous le comprenons aujourd'hui, mais qui était seulement un mariage moins solennel (1).

« C'était le désir d'avoir beaucoup d'enfants, dit « l'abbé Fleury, qui portait les Israélites à prendre « plusieurs femmes à la fois, et ils s'en faisaient un « honneur et une marque de grandeur (2) ; » mais, ajoute le même écrivain « un mari ne pouvait par- « tager si également son cœur entre plusieurs « femmes qu'elles fussent toutes contentes de lui. « Il était réduit à les gouverner avec une *autorité* « *absolue*, comme font encore les Levantins. Ainsi, « il n'y avait plus dans le mariage d'égalité, d'ami- « tié et de société. »

Cependant la protection des lois ne paraît pas avoir été entièrement refusée à la femme. Le droit de répudiation lui était reconnu au cas de lèpre, et elle pouvait obtenir la séparation en alléguant l'injustice persistante de son mari.

La sollicitude du législateur ne lui faisait pas non plus entièrement défaut à l'égard de ses biens. Si le mari était en général propriétaire de la dot, il

(1) Fleury, *Mœurs des Israélites.*
(2) Fleury, *Mœurs des Israélites.*

est certain que la femme conservait la libre disposition d'une partie de sa fortune; un droit de reprise lui était même assuré sur les biens dont le mari retenait l'administration. En résumé, le caractère que présente cette législation est assez remarquable; c'est celui d'une lutte constante entre la grossièreté des mœurs et le spiritualisme des lois, lutte qui se prolongea jusqu'à ce que la corruption des peuples voisins vînt livrer la Judée à des désordres au milieu desquels la femme devait perdre jusqu'aux derniers vestiges de sa dignité.

Que pourrions-nous dire de la condition des femmes chez les Perses? La femme soumise à tous les caprices de son mari, que Zoroastre l'obligeait à *révérer comme un dieu;* l'adultère et l'inceste autorisés par les lois et légitimés par l'exemple des grands; tel est le triste tableau que nous présente l'histoire de ce peuple. Parysatis, mère d'Artaxerxe Mnémon exhortait son fils à épouser une de ses filles pour laquelle il avait conçu une criminelle passion. « C'est vous seul, lui disait-elle, que Dieu a « donné aux Perses comme la seule loi et la seule « règle de tout ce qui est honnête ou déshonnête, « vertueux ou vicieux. »

En Egypte, où la femme ne fut qu'un objet de luxe et de plaisir, la polygamie était permise, excepté aux prêtres qui ne pouvaient épouser qu'une femme, et

l'inceste n'y était nullement flétri. « Ce qui marque le « plus, dit Rollin, les profondes ténèbres où étaient « plongées les nations qui passaient pour les plus « éclairées, est de voir qu'en Egypte le mariage des « frères avec les sœurs était non seulement autorisé « par les lois, mais fondé, en quelque sorte, sur « leur religion même et sur l'exemple des dieux, les « plus anciennement et les plus généralement ho- « norés dans le pays, savoir, Osiris et Isis (1). »

Nous croyons inutile de rechercher quelle fut la condition des femmes chez les Babyloniens au milieu de cette effroyable corruption des mœurs, dont le souvenir demeure attaché à leur nom. Il est temps de détourner les yeux de cet affligeant spectacle pour nous transporter en Grèce et à Rome. Là, du moins, nous assisterons à la chute lente, mais toujours continue, du règne de la force, et sur ses ruines nous verrons s'élever l'idée du droit, mère de l'égalité et de la civilisation.

§ 2. De la condition des femmes chez les Grecs.

En quittant les peuples de l'Orient pour entrer en Europe, nous sommes frappés d'une différence caractéristique; ici la monogamie donne au mariage un aspect plus austère et qui le rapproche davan-

(1) Rollin, *Histoire ancienne*, t. 1er.

tage de son origine; si le divorce est permis, il est en fait d'une exécution fort difficile, du moins pour la femme athénienne, obligée d'obtenir l'autorisation de l'archonte, et d'échapper à la jalouse surveillance de son mari pour se rendre auprès de ce magistrat. Aussi n'est-elle pas soumise à la servitude dégradante des peuples de l'Orient; la loi la protège contre l'abandon ou les mauvais traitements dont elle serait victime; l'hypothèque qui assure la restitution de sa dot au cas de divorce ou de prédécès du mari, et le droit de jouissance qui lui appartient sur ses paraphernaux, ajoutent de précieuses garanties à son indépendance.

Enfin les législateurs de la Grèce s'efforcent de garantir à la femme, par la réforme des mœurs, le respect de sa dignité d'épouse et de mère, et si leurs tentatives restent souvent infructueuses, elles révèlent du moins une notion plus claire du droit. A Sparte, il est vrai, Lycurgue, en plaçant les deux sexes sur le pied d'une égalité trop absolue, dépassa le but, et eut le tort de ne pas entourer de garanties assez sérieuses la pudeur des femmes qui est le meilleur rempart des bonnes mœurs; aussi dès que la rigueur des premières institutions se fut adoucie, une licence sans bornes devint la conséquence nécessaire de cette législation.

Mais les lois que Solon donna aux Athéniens furent

dictées par une sagesse plus pratique et, à part quelques contradictions inévitables à une époque où les lumières de la raison avaient à lutter contre les ténèbres du paganisme, plusieurs de ces dispositions législatives sont assez remarquables. Ainsi, après avoir établi que les enfants nés d'une courtisane ne seraient pas tenus de nourrir leur père, il explique ainsi les motifs de cette décision :

« Il est évident que celui qui méprise à ce point « l'honnêteté et la sainteté du mariage n'a pas eu « en vue la fin légitime qu'on s'y doit proposer; « s'étant donc satisfait lui-même, il ne s'est réservé « aucun droit sur ceux dont il a rendu la vie, aussi « bien que leur naissance, un opprobre éternel (1). »

Les fragments qui sont parvenus jusqu'à nous des lois de Charondas, législateur de Thurium et de Catane, contiennent aussi plusieurs préceptes au sujet des devoirs qui naissent du mariage.

« Que chacun aime son épouse légitime et qu'il « ne connaisse qu'elle pour donner des enfants à la « patrie; qu'il ne prodigue pas ailleurs le don de la « nature pour la propagation de l'espèce..... La na- « ture nous le donne pour nous reproduire et non « pour en abuser. »

« Que les femmes soient chastes et qu'elles rejet- « tent loin d'elles les infâmes adultères. »

(1) Plutarque, Vie de Solon.

Les femmes grecques abusèrent-elles du respect dont la loi s'efforçait de les protéger? C'est ce que nous ne saurions dire; mais le concert d'imprécations que leur adressent à l'envi les poètes et tous les écrivains de cette époque, semble attester que ces combinaisons n'atteignirent pas le but que leurs auteurs se proposaient. Quoi qu'il en soit, il faut tenir compte de ces tentatives, car ce sont les premières lueurs de la vérité qui devait un jour éclairer le monde.

Après avoir occupé l'attention des législateurs, les mêmes questions se présentèrent aux méditations des philosophes. Ce fut d'abord Platon qui, au milieu des sublimes aspirations d'une philosophie si éminemment spiritualiste, s'égara sur les pas de Lycurgue en développant avec son étrange théorie sur la communauté des femmes, le chimérique projet de leur donner une éducation en tout point semblable à celle des hommes, afin de les appeler à l'exercice des mêmes professions (1).

Aristote vint, bientôt après, combattre ces dangereuses utopies et démontrer combien cette communauté des femmes et des enfants rêvée par Platon serait favorable à la dissolution des mœurs, et comment elle aurait pour conséquences nécessaires les rixes, les voies de fait, les meurtres même, « la viola-

(1) Platon, *de la République*, liv. v.

« tion de toutes les lois de la pudeur, l'inceste, et « tous ces désordres que la décence abhorre (1). »

La théorie d'Aristote sur l'organisation de la famille est incontestablement supérieure à celle de Platon. Le père de famille, dit-il, est investi d'une autorité naturelle sur sa femme et sur ses enfants; mais il leur commande comme à des êtres libres (2).... Il a sur sa femme l'autorité d'un magistrat, constituée dans le système de l'égalité (3).... Le mâle a absolument besoin de la femelle, et réciproquement. Leur association est donc nécessaire. Chez les autres animaux cette association ne se fait pas rationnellement; elle est instinctive et a pour but la propagation de l'espèce. Chez les animaux apprivoisés et plus intelligents, il y a, sous ce rapport, un peu plus de régularité ; car ils manifestent un attachement réciproque et se portent des secours mutuels, ce qui est surtout vrai pour l'homme. La femme partage les travaux du mari, non seulement pour être, mais pour être bien (4).... Le mari commet une injustice s'il entretient un commerce illégitime hors du ménage (5).

(1) Aristote, *la Politique*, liv. II, chap. 2.
(2) Aristote, *la Politique*, liv. Ier, chap. 8.
(3) Aristote, *la Politique*, liv. Ier, chap. 8.
(4) Aristote, *l'Economique*, chap. 3.
(5) Aristote, *l'Economique*, chap. 4.

Il est vrai que, dans un autre passage (3), notre philosophe apporte à l'observation de ce dernier précepte des restrictions peu conformes aux principes d'une saine morale; mais de telles contradictions sont le tribut nécessaire acquitté par le génie à l'ignorance d'un siècle grossier; au surplus, l'antiquité n'eut jamais une idée bien nette des devoirs qui dérivent du mariage, et la famille ne leur apparut guère que comme la pépinière de l'Etat; il était réservé au christianisme de sanctifier l'union des sexes en l'élevant à la hauteur d'un sacrement et de spiritualiser la notion des devoirs qui en résultent en proclamant l'indissolubilité du lien conjugal.

Après Platon et Aristote, l'esprit spéculatif disparaît pour faire place aux tendances beaucoup plus pratiques des pyrrhoniens, des épicuriens et des stoïciens, et la philosophie ne tarde pas à tomber en un rapide déclin. Désormais le beau siècle de la Grèce est passé. L'esprit humain, ainsi qu'on l'a dit, ne fleurit qu'une fois aux mêmes lieux et demande pour produire de nouveaux fruits une nouvelle terre échauffée par un autre soleil (2).

Mais, avant de quitter la Grèce pour nous trans-

(1) Aristote, *la Politique*, liv. VIII, chap. 3.

(2) Emm. Chauvet, *Théorie de l'Entendement humain dans l'antiquité*.

porter à Rome, jetons un dernier regard sur cette terre classique que nous venons de parcourir. Sans doute, le tableau qu'elle nous a présenté n'est pas encore celui d'une société qui, naissant dans les ténèbres de la barbarie, s'élève graduellement jusqu'aux sphères les plus hautes de la civilisation ; nous n'avons pu y constater que des tentatives individuelles pour adoucir les mœurs et donner à la femme le rang qui lui appartient. Mais toutes ces combinaisons si diverses ont un caractère commun ; c'est toujours le droit luttant contre la force ; c'est le génie s'efforçant de devancer son siècle en opposant à la grossièreté des mœurs les lumières de la raison, lutte impuissante, mais qui atteste du moins chez ce peuple le mouvement et la vie !

Tant de travaux et tant d'efforts ne pouvaient pas rester sans profit pour l'esprit humain ; si nous voulions démontrer que les lois de la Grèce survécurent à sa chute, il nous suffirait de rappeler le juste tribut d'hommages que Pline le jeune leur rendit plus tard. « Souvenez-vous, écrivait-il à un gouverneur « d'Achaïe, que c'est chez ce peuple que nous avons « puisé notre droit ; que nous ne lui avons pas imposé « nos lois après l'avoir vaincu, mais qu'il nous a donné « les siennes quand nous l'en avons prié et avant « qu'il n'eût éprouvé la gloire de nos armes (1). »

(1) Pline, lib. VIII, epist. 24.

Nous allons maintenant assister au développement progressif d'un autre peuple, dont la législation mérita d'être appelée la raison écrite, et qui eut l'heureuse destinée de devenir le dépositaire de la parole évangélique. Aussi a-t-il légué aux âges suivants les éléments de la vraie perfectibilité, de celle qui tend à rapprocher l'homme de son Créateur en s'accomplissant autour des éternels principes dont Dieu est le centre, et dont les sociétés ne pourront désormais s'éloigner sans compromettre leur propre existence et toutes les conquêtes de leur civilisation.

§ 3. De la condition des femmes chez les Romains.

1° LES ROIS.

Bien que l'origine de Rome, comme celle de presque tous les peuples, soit environnée de fables et d'allégories, il paraît hors de toute contestation que l'enlèvement des Sabines fut le premier acte qui constitua la nationalité romaine, et ce fait prouverait une fois de plus, si cela était nécessaire, que les sociétés naissantes ne reconnaissent d'autre droit que celui du plus fort. La liberté ne pouvait être le couronnement d'un édifice dont la violence était la base; la main (*manus*), symbole de cette appréhension brutale, fut le nom qui servit à désigner la puis-

sance que le mari conserva sur la personne de sa femme, puissance absolue, qui ne se distinguait pas à l'origine de celle qu'il exerçait sur ses enfants et sur ses esclaves. Assimilée à une chose mobilière, la femme pouvait être acquise par une année de possession (*usu*); alors sa liberté était prescrite, elle passait irrévocablement sous la puissance du maître. Un peu plus tard, l'assimilation sera complète; la prescription pourra être interrompue si la femme a quitté pendant trois nuits le domicile conjugal (*usurpatum ire trinoctio*).

La femme passait également sous la puissance de son mari par la *coemptio per æs et libram* (la vente par l'airain et la balance), faite en présence de témoins avec les paroles consacrées, formalités essentielles à la cession de la propriété romaine, du moins dans toute la rigueur du droit primitif.

Cette vente simulée s'accomplissait au milieu de diverses pantomimes juridiques, telles qu'on les retrouve au premier âge de tous les peuples. La future épouse apportait trois pièces de monnaie; elle en tenait une à la main et la donnait à son mari, elle en avait une autre dans la chaussure de son pied, elle offrait celle-ci aux dieux lares, la troisième était dans la bourse que la future épouse avait déposée dans un lieu nommée *compitum vicinale*. Par le premier as, la femme était réputée acheter son

mari; par le second, elle était censée acheter les dieux pénates, et la participation au culte religieux particulier à la famille où elle entrait; par le troisième as, elle achetait l'entrée de la maison. En effet, l'épouse que l'on conduisait chez l'époux séjournait quelque temps dans le jardin, et sans doute dans la rue, s'il n'y avait pas de jardin, sous une espèce de bâtiment construit à la hâte, et qu'on abattait dès que la cérémonie était faite. C'est cet édifice qu'on nommait *compitum vicinale* (1).

Enfin la puissance maritale résultait aussi de la *confarreatio*, cérémonie étrusque exclusivement propre au mariage de la caste patricienne.

Constituée sur des bases entièrement étrangères aux liens du sang, la famille romaine ne fut qu'une institution du droit civil; le lien qui unissait entre eux les membres de la famille était un lien de puissance, et le rang que la femme y occupait était moins celui d'épouse que celui de fille de son mari (*loco filiæ*); sœur de ses propres enfants, elle était comme eux soumise à la puissance du chef dont la personnalité absorbait celle de tous les individus qui composaient la famille. Femme, enfants, esclaves, dé-

(1) Nonius Marcellus, *de Proprietate, sermo*, cap. 12. — Ce texte semblerait indiquer une vente réciproque; mais comment le mari se serait-il vendu à une personne dont il avait lui-même acquis la propriété? Aussi a-t-on pu soutenir, en invoquant le témoignage de Gaïus, que cette vente était unilatérale.

biteurs engagés ou acquis par la *mancipatio*, ou attribués par déclaration du magistrat (*nexi*, *addicti*), il exerçait sur leurs personnes et sur leurs biens tous les droits d'un propriétaire : droit de les employer à tous les usages dont ils étaient susceptibles ; droit de s'approprier le produit de leurs travaux ; droit d'en disposer, même de les détruire (1) !

Ces droits exorbitants du mari sur la personne de sa femme étaient complétés par ceux de juge ; toutefois, il est vraisemblable que ce droit de juridiction n'appartenait pas au mari d'une manière absolue, en ce sens du moins qu'il ne pouvait prononcer aucune peine sans avoir réuni les parents de sa femme, qui se constituaient ainsi en une sorte de tribunal domestique, connaissant à la fois de la violation des lois et de celle des mœurs ; cependant le délit d'adultère était poursuivi à la fois devant le tribunal de la famille et par l'accusation publique.

« Les peines de ce tribunal, dit Montesquieu, de-
« vaient être arbitraires, et l'étaient en effet, car
« tout ce qui regarde les mœurs, tout ce qui regarde
« les règles de la modestie ne peut guère être com-
« pris sous un code de lois. Il est aisé de régler par
« des lois ce qu'on doit aux autres ; il est difficile

(1) Ce droit de vie et de mort est du moins incontestable en ce qui concerne le pouvoir du père sur la personne de ses enfants. (Loi des Douze-Tables, table IV, loi 2.)

« d'y comprendre tout ce qu'on se doit à soi-
« même (1). »

La femme était en outre, à raison de la faiblesse de son sexe, frappée d'une incapacité civile, et soumise à la tutelle perpétuelle du plus proche de ses parents dans l'ordre civil, tutelle d'un héritier intéressé à exagérer jusqu'à ses dernières limites l'incapacité que la loi prononçait contre sa pupille.

Telle était, dans toute la rigueur du droit primitif, l'organisation de la famille romaine. La servitude à laquelle la femme se trouvait réduite était aussi complète que chez les peuples de l'Orient ; mais elle rencontra, du moins, une compensation à la situation qui lui était faite dans la monogamie, et dans cette mâle vigueur des institutions qui imprima aux mœurs de Rome, pendant plusieurs siècles, un caractère d'austérité si remarquable. Une femme sage et complaisante était la maîtresse dans la famille comme le mari en était le maître (2); aussi a-t-on pu prétendre avec quelque vraisemblance que le droit de vie et de mort ne dut jamais appartenir au mari en soutenant que l'existence d'un pareil droit serait trop peu conforme aux honneurs que les premiers Romains attachèrent au titre d'épouse et de mère, et au respect qu'ils témoignèrent aux femmes.

(1) *Esprit des Lois*, liv. VII, ch. 10.
(2) Denys d'Halicarnasse, Ant. rom., II, 25.

Romulus, nous dit Plutarque, fit plusieurs règlements en faveur des femmes; il décida notamment : qu'on leur céderait le bon côté quand on les rencontrerait dans les chemins; qu'on ne proférerait aucune parole malhonnête en leur présence; qu'on ne paraîtrait pas nu devant elles; qu'elles ne seraient pas obligées de comparaître devant les juges établis pour juger des meurtres (1).

Si nous voulions démontrer combien la chastété fut en honneur dans les premiers siècles de Rome, les preuves ne nous manqueraient pas; n'est-ce pas à la nouvelle de l'attentat commis contre la personne de Lucrèce que le peuple indigné brisa le sceptre dans la main du coupable, et s'engagea par serment à ne jamais rétablir une autorité assez puissante pour commettre de tels excès? Et quelques années plus tard la chute du pouvoir décemviral ne fut-elle pas déterminée par un attentat semblable? « Voilà, ma chère fille, le seul moyen de te conser- « ver ton honneur et ta liberté, » dit Virginius en plongeant un couteau dans le sein de sa fille au moment où elle allait passer entre les bras du ravisseur.

Enfin cette austérité des mœurs primitives ne se révèle-t-elle pas dans l'infériorité du rang auquel les

(1) Vie de Romulus.

mœurs ne tardèrent pas à reléguer la courtisane (*pellexæ*), à laquelle il était interdit de toucher l'autel de Junon?

Il ne faudrait pas toutefois confondre le commerce illicite résultant de cette union avec le concubinat (*concubinatus*) toléré par les mœurs et par les lois, mais sans qu'il pût jamais produire aucun effet civil. Au surplus, le mariage lui-même ne produisait pas toujours ces effets; la femme n'était soumise à la puissance maritale qu'autant que l'une des trois conditions de la *coemptio*, de la *confarreatio* ou de l'*usus* avait été accomplie; dans le cas contraire, elle conservait son rang dans sa propre famille, et n'en occupait aucun dans celle de son mari. Ainsi, comme le dit M. Ortolan, « le mariage en lui-même et quant « à sa forme est abandonné au pur droit privé sans « aucune nécessité légale qu'il intervienne aucune « autorité ni solennité publique, il suffit qu'il y ait eu « consentement réciproque, manifesté par la tradition « de la femme, c'est-à-dire par sa mise à la dispo- « sition du mari, simplicité sauvage, âpreté austère « du droit, que les croyances et les coutumes popu- « laires déguisent sous des formes symboliques plus « gracieuses, mais sans nécessité juridique (1). »

Telle fut l'origine des mariages libres, plus con-

(1) *Histoire de la législation romaine.*

formes aux principes du droit naturel et qui ne tardèrent pas à se multiplier, tandis que la *manus* tombait rapidement en désuétude.

2° LA RÉPUBLIQUE.

Après la chute de la royauté une lutte ardente commença à diviser les patriciens et les plébéiens. La création des consuls, des questeurs, des tribuns, des édiles, et les garanties de bonne justice que donnèrent les lois valériennes, attestent les constants efforts de la plèbe, et l'influence de plus en plus puissante de l'élément démocratique; mais une conquête bien plus importante pour la plèbe fut la promulgation de la loi des Douze-Tables, le premier monument de législation écrite qui soit parvenu jusqu'à nous, et dont nous ne possédons même que quelques fragments (an de Rome, 303). Déjà quelques années auparavant un tribun du peuple, Térentillus Arsa, avait entrepris de fixer la jurisprudence et de substituer une loi écrite à la coutume qui, depuis l'expulsion des rois, était la seule source du droit. Le sénat parvint à écarter cette première tentative, mais il se vit bientôt contraint de céder aux exigences de la plèbe, en acceptant cette législation qui se distingue par deux traits principaux, la publicité du du droit, jusqu'alors mystère et arme aristocrati-

que (1), et l'égalité des deux ordres devant la loi. Cette tendance vers l'égalité se manifeste tout particulièrement dans les tables IV et V qui se rapportent à l'organisation de la famille et spécialement dans celles de leurs dispositions qui règlent les droits de succession. Le père de famille jouit pour le règlement de ses dispositions testamentaires de la liberté la plus absolue (2); mais s'il meurt sans avoir fait un testament, la loi appelle à recueillir sa succession tous ceux qu'il tenait en sa puissance, dont il était le représentant, qui étaient en quelque sorte copropriétaires de son patrimoine, et qui, pour cette raison, sont nommés *hæredes sui* (héritiers de leur propre chose), c'est-à-dire les enfants qu'il avait en sa puissance, et sa femme si elle était *in manu*.

A défaut des héritiers siens, la loi appelle le plus proche des parents dans l'ordre civil (*agnati*), car nous avons vu que la parenté naturelle ne produit aucun effet civil.

Enfin, à défaut d'agnat, la succession, s'il s'agit d'un descendant de client ou d'affranchi, appartient au plus proche gentil, c'est-à-dire au parent du degré le plus rapproché dans la race ingénue d'où il dérive (3).

(1) Ortolan, *Explication historique des Institutes*.

(2) Uti legassit super pecuniâ tutelâve suæ rei, ità jus esto (table V, § 1er).

(3) Table V.

Aucun privilége n'est donc accordé ni au sexe, ni à la primogéniture ; tous les parents au même degré succèdent par tête sans aucune distinction.

Mais la femme qui n'est pas sous la puissance de son mari sera exclue de toute vocation à l'hérédité dans la famille de ce dernier à laquelle elle est étrangère ; il en sera ainsi du moins jusqu'à ce que le préteur vienne adoucir, à l'aide d'un détour ingénieux, cette rigueur du droit primitif.

Quant à la faculté qui fut accordée à la femme d'échapper à la puissance de son mari en quittant pendant trois nuits de suite le domicile conjugal, cette première dérogation à l'ancien droit ne fut peut-être pas sans influence sur la désuétude de la *manus* et le développement des mariages libres.

La loi des Douze-Tables maintenait l'antique prohibition du mariage entre patriciens et plébéiens ; mais les exigences de la plèbe ne pouvaient s'accommoder longtemps de cette distinction injurieuse. Aussi fut-elle abrogée sept ans après par une loi rendue sur la proposition du tribun Canuléius (1).

Les dames romaines commencèrent vers la même époque à jouir de quelques priviléges beaucoup moins importants, il est vrai, mais qui n'en attestent pas moins un progrès constant vers une émancipation plus complète. Le sénat avait décidé qu'un

(1) Loi Canuléia (an de Rome, 309).

présent en or massif serait offert à Apollon de Delphes pour acquitter le vœu que Camille avait fait à ce dieu; mais l'or étant fort rare, les dames romaines sacrifièrent leur or et leurs bijoux et les portèrent au trésor public. Ce fut dans ces circonstances que le sénat leur accorda, à titre de récompense, plusieurs prérogatives, comme d'aller aux sacrifices et aux jeux sur des chars couverts et suspendus, d'aller les jours de fêtes et les jours ouvriers dans les rues sur des chars découverts, enfin de pouvoir être louées publiquement après leur mort, honneur qui jusque-là n'était accordé qu'aux hommes (1).

Ainsi la condition des femmes tendait à devenir meilleure; mais, en même temps, les développements du luxe allaient détruire l'ancienne austérité des mœurs, et la femme devait bientôt perdre en dignité ce qu'elle gagnerait en indépendance. Déjà, après la défaite de Pyrrhus, on commençait à préférer l'or, la pourpre et les étoffes précieuses à la rude simplicité du premier âge; ce fut à la même époque que la monnaie de cuivre et d'airain fit place à la monnaie d'argent. Enfin, après la prise de Syracuse, le goût des arts vint aussi prendre sa place dans les préoccupations des Romains. « Marcellus, nous dit « Plutarque, devint agréable au peuple pour avoir « rendu sa ville un spectacle admirable en l'ornant

(2) Rollin *Histoire romaine.*

« de ces ouvrages de l'art qui dans leur variété ren-
« fermaient tout le bon goût, toute la grâce et toute
« la politesse des Grecs. Mais, ajoute-t-il, on faisait à
« Marcellus des reproches de ce qu'un peuple accou-
« tumé à faire la guerre ou à labourer ses champs,
« qui ne savait ce que c'était que le luxe et la mol-
« lesse, était devenu un peuple oiseux et babillard
« qui ne prenait plaisir qu'à passer la plus grande
« partie de sa journée à s'entretenir et à discourir
« des arts et des ouvriers qui y excellaient (1). »

En vain, Caton, en prélevant de nouveaux impôts sur le luxe des dames romaines, s'efforça-t-il de ramener le peuple à son ancienne simplicité ; en vain la loi Voconia (2) défendit-elle d'instituer héritière aucune fille ou femme, et voulut-elle limiter à cent mille sesterces (12,500 livres) la part à laquelle les femmes pourraient prétendre dans les successions qu'elles seraient appelées à recueillir ; désormais la sévère simplicité des premiers temps avait à jamais disparu.

Un grand mouvement se manifestait en même temps dans les institutions. La loi Æbutia (3) venait de porter un grand coup à la procédure symbolique

(1) Vie de Marcellus.
(2) An de Rome, 578.
(3) L'époque précise de cette loi n'est pas connue ; il est vraisemblable qu'elle fut rendue vers l'an 580.

des actions de la loi introduite par la loi des Douze-Tables, et qui ne continua de subsister jusqu'au règne d'Auguste que dans quelques cas exceptionnels. Depuis assez longtemps déjà, l'usage avait introduit une procédure plus conforme aux règles de l'équité. Le préteur, magistrat chargé de rendre la justice et nommé pour un an, publiait, au moment de son entrée en fonction, l'ensemble des principes d'après lesquels il se proposait d'interpréter le droit. Le plus souvent, lorsqu'un préteur quittait ses fonctions, son programme fut adopté par ses successeurs; ainsi se fixa la jurisprudence, ainsi se forma successivement le droit prétorien, si habile à plier, à l'aide de détours et de fictions, la rudesse de la loi des Douze-Tables aux mœurs nouvelles des Romains; mais en même temps que le droit se rapprochait des principes de la loi naturelle, il perdit cette originalité et cette vigueur qui avaient conservé la pureté des mœurs, et qui en imprimant à toutes les institutions un caractère si éminemment national, portèrent si haut le prestige du nom romain.

3° COUP D'ŒIL SUR L'ÉTAT DES MŒURS ET DE LA LÉGISLATION AU COMMENCEMENT DE L'EMPIRE.

A l'avénement d'Auguste, la corruption des mœurs était extrême ; le célibat était devenu le prétexte des plus grands désordres, et le divorce devenait chaque

jour plus fréquent depuis que Sulpitius-Carvilius en avait donné le premier exemple (an de Rome, 533), en répudiant une femme dont il ne pouvait espérer aucune postérité. Ce n'est pas que les ordonnances de Romulus et plus tard la législation des Douze-Tables n'aient pris soin de réglementer le divorce, et de déterminer limitativement les cas dans lesquels il serait autorisé, du moins au profit du mari ; car il ne paraît pas que le cas de la dissolution du mariage au profit de la femme ait été prévu dans l'état primitif de la législation ; mais jusqu'au sixième siècle, ces règlements semblent être demeurés sans application, et nous offrir, pendant cette période, le phénomène assez remarquable et peut-être unique de l'indissolubilité du lien conjugal au milieu d'une société païenne, tant il est vrai que les institutions de cette époque avaient communiqué aux mœurs des Romains un caractère tout particulier de grandeur et d'austérité ! Mais, à l'époque à laquelle nous sommes parvenus, l'état des mœurs était tel qu'on avait perdu jusqu'au souvenir de ces anciens règlements. Le consentement mutuel (*bona gratia*) était devenu, à défaut de tout motif particulier, une cause suffisante pour obtenir la dissolution du mariage, tant au profit du mari qu'au profit de la femme ; aussi les divorces se multipliaient-ils dans une proportion extraordinaire, et qui devait appeler toute

la sollicitude du législateur. Mais Auguste qui avait profité lui-même du divorce, ne pouvait se montrer bien sévère dans la repression de ces désordres; s'il entreprit de limiter les cas dans lesquels le mariage pourrait être dissous, et de punir les contrevenants par des peines pécuniaires, Juvénal et Martial se sont chargés de nous apprendre quel fut le triste résultat de ces tentatives.

La loi Pappia Poppœa prononça, à la même époque, contre les célibataires et les citoyens sans enfants plusieurs incapacités civiles qui eurent pour but d'apporter quelque remède à l'état déplorable des mœurs en relevant la dignité du mariage.

Elle porta également un grand coup à la tutelle perpétuelle des femmes. Déjà cette tutelle avait perdu son caractère primitif, par la faculté qui s'était introduite, au profit du père ou du mari, de nommer aux femmes un tuteur testamentaire et d'écarter ainsi la tutelle légale de l'agnat le plus proche, ou même de laisser à leur discrétion le soin de choisir le tuteur qu'elles voudraient. La loi Pappia alla plus loin en accordant des dispenses de tutelle aux femmes libres mères de trois enfants, ou aux affranchies qui en auraient quatre. Nous verrons bientôt l'empereur Claude porter à cette institution une nouvelle atteinte en décidant que les femmes ingénues ne seraient plus soumises à la tutelle des agnats,

Enfin la loi Pappia Poppœa eut aussi pour effet d'enlever au mari le droit de punir sa femme de mort s'il la surprenait en adultère.

Une loi fort importante aussi, au point de vue des intérêts pécuniaires de la femme mariée, fut celle qui défendit au mari d'aliéner, sans le consentement de sa femme, l'immeuble dotal situé sur le territoire italique et de l'hypothéquer même avec son consentement.

Mais déjà nous touchons à un événement bien autrement important; Jésus-Christ vient de naître dans un bourg de la Judée; encore quelques années, et ce fait d'abord inaperçu va renouveler la face du monde. Arrêtons-nous donc un instant devant la crèche où il repose et jetons un dernier regard sur le chemin que nous venons de parcourir.

La femme destituée, à l'origine, de toute personnalité, sans autorité dans la famille, soumise comme ses enfants à la puissance la plus despotique, s'est affranchie peu à peu de cette servitude; le pouvoir marital de la *manus* est tombé en désuétude; la rigoureuse dépendance de la tutelle s'est adoucie; le droit prétorien corrige, en sa faveur, la rigueur du droit primitif; la protection de ses biens comme celle de sa personne attire enfin la sollicitude du législateur; elle a pour la conservation de sa dot la garantie de l'inaliénabilité, et elle retient, à titre de

paraphernaux, sur une partie de ses biens un droit de jouissance et d'administration; ce sont là autant de conquêtes de la civilisation et du progrès; et néanmoins que la condition des femmes est encore inférieure et misérable! et quelle empreinte profonde y a laissée l'empire de la force! Ne voyons-nous pas, dans les dernières années de la république, Caton, se conformant à une ancienne coutume attestée par Plutarque (1), transférer sa femme à son ami Hortensius qui craignait de mourir sans postérité, et ce dernier la lui rendre ensuite, comme un objet mobilier que l'emprunteur restitue lorsqu'il l'a employé à l'usage auquel il le destinait! Que dire de l'abus des divorces, et de cette promiscuité scandaleuse qui caractérise les dernières années de la République?

Mais, chose remarquable! plus le cercle de la liberté s'agrandit au profit des femmes, plus elles foulent aux pieds toutes les lois de la pudeur, en sorte que la période de la civilisation païenne à laquelle la législation leur accorda les garanties les plus sérieuses est en même temps celle où le désordre de leurs mœurs atteignit le plus haut degré. Que manquait-il donc à cette société ? Ce n'étaient ni les préoccupations des législateurs, ni la science des jurisconsultes, ni l'enseignement des philosophes, ni les avantages de la civilisation; il

(1) Vie de Numa.

lui manquait le sentiment de la dignité humaine, et la notion précise du droit et du devoir. Admirable puissance du christianisme auquel il était réservé de propager dans le monde ces principes salutaires, et qui, sans autres armes que la persuasion, allait entreprendre contre le matérialisme païen une lutte si opiniâtre et en apparence si inégale!

4° LE CHRISTIANISME. — LES EMPEREURS.

En même temps que le christianisme proclama l'indissolubilité du mariage, il en spiritualisa la notion en le présentant sous un aspect à peine entrevu jusque-là. Il releva la femme de l'abaissement et de la dégradation où le paganisme l'avait reléguée; désormais elle fut conviée à prendre sa place au foyer domestique, et à exercer sur la société l'influence salutaire et civilisatrice que lui assurent les charmes de son esprit et la délicatesse de sa sensibilité.

Cette influence ne tarda pas à se faire sentir, lorsqu'à la voix des Apôtres et des Pères de l'Eglise, on vit les femmes « également instruites à une vie « sainte et à une mort courageuse (1). »

Le christianisme, par la voix de Tertullien (2), donnait du mariage cette définition si nouvelle:

(1) Troplong, *Influence du christianisme sur le droit romain.*
(2) *Ad Uxor.*

« L'Eglise le prépare et en dresse le contrat; l'obla-
« tion des prières le confirme; la bénédiction en
« devient le sceau, Dieu le ratifie. Deux fidèles por-
« tent le même joug; ils ne sont qu'*une même chair*
« *et qu'un même esprit.*

Le développement de ces principes devait hâter le progrès vers la liberté et l'égalité des sexes. Aussi, bien que jusqu'au règne de Constantin tous les empereurs fussent païens, il serait inexact de prétendre que la condition des femmes s'améliorât entièrement en dehors de l'influence du christianisme.

Le règne de Claude nous présente d'abord la suppression complète de la tutelle légitime des agnats au profit des femmes ingénues. Sans doute les femmes continuèrent à ne pouvoir faire aucun acte de la vie civile sans l'autorisation d'un tuteur nommé par leur père ou leur mari, ou même par le magistrat; mais, dit M. Troplong, « quelque atteinte
« qu'un tel état de minorité portât à la liberté des
« femmes, elles l'acceptèrent; car ce qu'elles avaient
« surtout redouté, c'était la tyrannie intéressée,
« avide, des agnats. Le bienfait de Claude les met-
« tait en possession de la principale liberté à laquelle
« elles eussent aspiré (1). »

Traversons sans nous y arrêter les règnes de

(1) Troplong, *Influence du christianisme.*

Néron, de Galba, d'Othon et de Vitellius qui ne nous offriraient que le triste spectacle des persécutions religieuses et des révolutions de palais. Nous avons hâte d'arriver à Vespasien ; sous ce prince, le progrès interrompu pendant l'anarchie des règnes précédents reprend un nouvel essor ; nous avons à mentionner la nouvelle promulgation d'un sénatus-consulte rendu sous Claude, et qui condamnait à la servitude les femmes libres qui se prostituaient à des esclaves. Nous rencontrons aussi vers la même époque, mais sans pouvoir assigner à sa promulgation aucune date précise, le sénatus-consulte Velléien qui, afin de protéger les femmes contre leur propre inexpérience, leur défendit de s'obliger pour autrui et déclara annulables les engagements qu'elles auraient contractés contrairement à cette prohibition.

Le règne d'Adrien n'est pas moins fécond en réformes utiles ; nous y remarquons les adoucissements qu'il apporta à la condition des esclaves, notamment la disposition par laquelle il défendit que les femmes fussent vendues pour en faire des victimes de prostitution sans l'autorité du juge, et le soin qu'il prit de protéger la décence et les bonnes mœurs en défendant les bains communs aux hommes et aux femmes.

Un progrès beaucoup plus remarquable se révèle dans une ordonnance d'Antonin sur l'adultère, qui

porte « que lorsqu'un mari poursuivra sa femme « pour cause d'adultère, le juge examinera si le « mari a lui-même observé les devoirs de la fidélité, « et que s'il reconnaît les deux époux également « coupables, il devra les punir l'un et l'autre ; car, « ajoute l'Empereur, il me paraît tout à fait injuste « que le mari exige de sa femme l'observation d'un « engagement qu'il n'observe pas lui-même. »

Enfin Tite-Antonin reconnaît à la mère un droit de succession sur les biens de ses enfants prédécédés, et bientôt après, Marc-Aurèle, par une corrélation devenue nécessaire, accorde aux enfants le même droit sur la succession de leur mère.

Ainsi s'écroule de jour en jour l'édifice de l'ancienne législation ; ainsi se nivèlent les personnes et les droits. Sous le règne de Macrin, la femme élevée au rang d'épouse partageait les honneurs et les dignités de son mari (1). Bientôt l'égalité fut plus complète encore entre les deux sexes lorsqu'on vit la mère de Caracalla gouverner l'empire romain pendant la minorité de son fils.

Qui ne reconnaîtrait l'influence bienfaisante des idées chrétiennes dans cette série de réformes qui se succèdent si rapidement depuis l'avénement de l'empire, malgré tant d'éléments contraires qui

(1) Nonia Celsa, femme de Macrin, reçut pour la première fois le titre d'Augusta.

semblaient devoir s'opposer à leur développement ! tant est puissante l'influence de l'idée contre la force ! tant est irrésistible la loi de la perfectibilité humaine lorsqu'elle ne s'écarte pas des principes éternels qui régissent le monde moral !

Nous arrivons enfin au règne de Constantin. Le christianisme a fait depuis longtemps invasion dans les mœurs ; avec les empereurs chrétiens il va se traduire dans les lois et dans les institutions. Sous le règne de Constantin, de nouvelles garanties sont accordées aux mineurs sur leurs personnes et sur leurs biens ; le sort des esclaves est adouci, la protection des lois est assurée aux veuves, aux infirmes, à tous ceux que le paganisme laissait sans défense ; le droit est reconnu aux pupilles et aux veuves de porter leurs causes aux pieds du trône, s'ils craignent la puissance de leurs parties adverses dans la province qu'ils habitent.

La tutelle perpétuelle des femmes est définitivement supprimée et les femmes majeures sont désormais appelées à jouir des mêmes droits que les hommes.

Le célibat n'est plus comme au siècle d'Auguste un élément de désordre et de libertinage ; le christianisme, afin de réagir plus efficacement contre la dissolution des mœurs, l'a élevé au rang d'une vertu dont il montre l'exemple dans la vie de Jésus-Christ.

Les incapacités dont la loi Pappia Poppœa frappait les célibataires, devenues sans objet dans une société qui honorait ainsi la chasteté, sont définitivement supprimées par Constantin, témoignage irrécusable de l'influence que le spiritualisme chrétien avait exercée sur les mœurs sociales avant qu'il ne se traduisît dans les lois.

Mais si l'Église honorait le célibat, elle ne cessait pas de favoriser les mariages, et d'appeler sur cet acte si important toute l'attention des empereurs. Aussi leurs constitutions nous présentent-elles de nombreuses dispositions ayant pour but la réforme des mœurs par la réhabilitation du mariage. Lois contre l'adultère (1), peines prononcées contre la femme qui se remarierait avant l'année révolue de son deuil (2), prohibitions du mariage entre proches parents (3), lois contre le divorce (4), telles sont les préoccupations constantes que le christianisme inpire aux successeurs de Constantin.

Enfin Justinien vient couronner l'édifice en entourant de nombreuses garanties la personne et les biens de la femme. Sous le règne de ce prince, on ne connaît plus l'antique distinction entre le mariage

(1) Constance Majorien.
(2) Théodose.
(3) Théodose.
(4) Valentinien III.

libre et celui qui faisait passer la femme sous la puissance de son mari ; l'autorité maritale réduite à ses limites naturelles et légitimes est devenue la conséquence nécessaire du mariage.

La femme doit à son mari la plus rigoureuse fidélité ; mais tandis que l'ancienne législation la laissait sans défense contre l'adultère de son mari, Justinien oblige les deux époux à une fidélité réciproque (1), et le mari ne peut se soustraire à l'accomplissement de ce devoir sans s'exposer à de sévères pénalités et à de rigoureuses déchéances.

Le mari doit également à la femme la protection que réclame la faiblesse de son sexe ; si elle est offensée, il sera admis à poursuivre la réparation de l'injure comme si elle avait été adressée à lui-même ; mais la femme n'aurait aucune action pour venger l'injure adressée à son mari ; car, dit Justinien, la justice exige que le mari soit le protecteur de sa femme, mais elle ne permet pas qu'il soit protégé par elle (2).

La femme doit à son mari obéissance et respect (3).

Elle n'a d'autre domicile que le sien (4).

(1) Novelle, 117, chap. VIII, § 2.
(2) *Institutes*, liv. IV, titre 4, loi 2.
(3) *Digeste*, liv. XXIV, titre 3, loi 14, § 1er.
(4) *Digeste*, liv. XXIII, titre 2, loi 5.

Elle partage ses honneurs, ses dignités, sa noblesse (1).

Elle doit porter son deuil.

Il lui est interdit de se remarier avant l'expiration d'une année après la mort de son mari, à moins qu'elle n'ait obtenu une dispense du souverain (2).

Le règlement des intérêts pécuniaires des époux attire également l'attention de l'empereur. Tant qu'avait subsisté la distinction entre le mariage accompagné de la *manus* et le mariage libre, le mari n'exerçait dans ce dernier cas aucun droit sur les biens de sa femme ; toutefois, depuis assez longtemps, l'usage s'était introduit que la femme apportât au mari une partie de ses biens pour l'aider à supporter les charges du ménage ; ce sont ces biens qu'on nommait dotaux, par opposition aux paraphernaux dont la femme se réservait la jouissance. A l'époque de Justinien les biens dotaux étaient administrés par le mari sans qu'il fût tenu de rendre compte de sa gestion, ni de fournir aucune caution. Les droits qu'il exerçait sur ces biens étaient fort étendus et ressemblaient assez à ceux d'un propriétaire ; mais ils avaient été limités sous le règne d'Auguste à l'égard de l'immeuble dotal situé sur le sol italique, qui ne pouvait être aliéné en aucun cas, et qui ne pouvait

(1) *Code*, liv. XII, titre 1er, loi 13.
(2) *Digeste*, liv. III, titre 2, lois 9, 10, 11, § 2.

être hypothéqué qu'avec le consentement de la femme. Enfin la restitution de la dot avait été assurée d'abord à la femme au cas de divorce; pourvu qu'il fût prononcé contre le mari, puis, plus tard, au cas de prédécès de ce dernier.

Justinien alla plus loin : il étendit à toutes les provinces de l'empire l'inaliénabilité du fonds dotal que la loi Julia limitait au sol italique, et il décida qu'il ne pourrait être hypothéqué même avec le consentement de la femme. L'influence du mari se trouva ainsi paralysée, et la femme ne fut plus exposée à devenir victime de sa propre faiblesse (1).

Il garantit la restitution de la dot d'une manière générale, et elle eut lieu désormais, même au profit des héritiers de la femme, lorsqu'elle décédait avant son mari.

Il accorda à la femme, sur les biens de son mari, une hypothèque générale, primant même les créanciers antérieurs au mariage; mais c'était-là, il faut l'avouer, une innovation qui dépassait le but; car le débiteur de mauvaise foi pouvait éluder en se mariant l'effet des droits acquis à son créancier, et la femme ne se trouvait ainsi protégée qu'au détriment des intérêts les plus légitimes.

Non content de la prémunir contre l'influence de son mari, Justinien voulut qu'elle fût protégée plus

(1) *Institutes*, liv. 2, titre 8, *princip.*

efficacement contre les tiers ; désormais les obligations qu'elle contracta au mépris du sénatus-consulte velléien ne furent plus seulement annulables ; elles devinrent nulles de plein droit.

Tel était l'état de cette législation qui, entée sur les principes du christianisme, inspirait naguère encore les législateurs de notre société moderne, après quatorze siècles de distance !

Bientôt les Barbares allaient envahir la grande cité ; mais sur les ruines du monde romain ils devaient eux-mêmes devenir les fondateurs d'une société nouvelle.

Il faut suivre à travers les siècles le développement de cette civilisation en remontant aux deux sources principales de notre droit national, l'élément gaulois et l'élément germanique.

§ 4. De la condition de la femme en Gaule et en Germanie.

1° DES FEMMES CHEZ LES GAULOIS.

Nous retrouvons chez les Gaulois les caractères communs à tous les peuples au premier âge de leur développement ; le plus faible opprimé par le plus fort ; la femme et l'enfant abandonnés à la discrétion du chef comme une propriété dont il dispose, et qu'il peut détruire si tel est son bon plaisir ; enfin les devoirs de la famille sacrifiés à l'intérêt de l'Etat

auquel la polygamie assure de nombreux défenseurs.

La faculté de répudiation était garantie aux deux époux; mais avec de notables priviléges au profit du mari lorsqu'il voulait faire usage de son droit; cette distinction se retrouve dans les lois du pays de Galles qui, dix siècles plus tard, consacraient encore le droit de divorce au profit du mari d'une manière absolue, tandis que la femme ne pouvait contracter un nouveau mariage tant que son mari n'avait pas fait choix d'une autre épouse.

Nous lisons dans les *Commentaires de César* que lorsqu'un chef de famille venait à mourir, ses parents se rassemblaient, et s'ils avaient quelque sujet de soupçonner que sa mort fût le résultat d'un crime, ils appliquaient ses femmes à la torture réservée aux esclaves. Quand le crime était prouvé, ils les faisaient périr par le fer et par les plus cruels supplices (1).

Mais, par une bizarre inconséquence, on rencontre chez ce peuple, qui comprenait si peu le rang que la nature assigne à la femme dans la famille, une sorte d'association conjugale que la législation romaine ne connut jamais.

« Quand les maris, nous dit César, ont reçu de « leurs femmes une somme d'argent à titre de

(1) César, *Commentares sur la guerre des Gaules*, liv. VI, chap. XIX.

« douaire, ils mettent dans la communauté, après « avoir fait estimer leurs biens, une part de ces « biens équivalente au douaire. On constate dans « un seul et même compte le total des deux apports, « et les fruits en sont mis de côté. Quel que soit le « survivant, c'est à lui que reviennent les deux « parts avec tous les fruits précédemment per- « çus (1). »

Nous ne prétendons pas rechercher jusqu'à quel point on pourrait retrouver dans cette association l'origine de notre régime de communauté, qui ne se développa véritablement qu'à l'époque féodale. Nous mentionnons seulement cet usage parce qu'il nous semble imprimer à l'union des époux, quant au règlement de leurs intérêts pécuniaires, un caractère de solidarité assez remarquable.

Nous n'insisterons pas plus longuement sur l'état de cette législation. Sans doute, la condition des femmes y fut plus ou moins favorable chez les différentes tribus gauloises; mais le caractère général qu'elle nous présente est celui de la plus rigoureuse dépendance; nulle part, si ce n'est dans l'ancien droit romain, le droit du plus fort ne se fit sentir dans la famille avec la même puissance.

Les coutumes des Germains vont nous offrir un

(1) César, *Commentaires sur la guerre des Gaules*, liv. VI, chap. XIX.

spectacle bien différent ; leurs lois beaucoup plus douces, fécondées plus tard par le christianisme, n'ont pas été sans influence sur le développement de notre civilisation, et peut-être même ne sont-elles pas entièrement étrangères à notre législation moderne.

2° DES FEMMES CHEZ LES GERMAINS.

Les mœurs primitives des Germains se distinguent par un caractère d'austérité fort remarquable. La polygamie et le divorce y sont inconnus ; les secondes noces elles-mêmes y sont peu fréquentes.

La femme est associée à la bonne comme à la mauvaise fortune de son mari ; elle partage ses rudes travaux et sa vie guerrière.

Ce n'est pas elle qui apporte la dot ; c'est le mari. Le père, la mère, les parents assistent à l'entrevue et reçoivent les présents ; ces présents ne sont pas des superfluités qui flattent la vanité des nouvelles épouses et qui servent à leur parure ; ce sont des bœufs, un cheval harnaché, un bouclier, une framée et un sabre. Ces présents constituent le mariage, et, de son côté, la femme donne au mari quelques armes. C'est là leur lien le plus fort ; c'est le symbole mystérieux de leur union ; ce sont leurs dieux d'hyménée. La femme est avertie par ces cérémonies qui consacrent son mariage qu'elle vient partager

des travaux et des périls, et que dans la paix comme au combat, elle devra oser et souffrir autant que son époux. Voilà ce que lui apprennent ces bœufs attelés, ce cheval tout préparé, ces armes qu'on lui donne. Ainsi il lui faudra vivre, ainsi il lui faudra mourir (1).

Le mari administre seul les biens sociaux; il administre également les biens personnels de sa femme qui se composent : 1° du *morgengabe* ou don du matin, que le mari offre à sa jeune épouse le lendemain du mariage, en récompense de sa virginité, et qui est remplacé à l'égard de la veuve par l'*abendgabe*, ou présent du soir ;

2° Des biens que la femme a apportés de la maison paternelle;

3° Du prix d'achat payé dans l'origine aux parents de la femme, plus tard à la femme elle-même. On rencontre fréquemment cette coutume à l'origine des sociétés. Chez les Germains, elle paraît avoir été générale, car l'expression « acheter pour épouser » s'est conservée en Allemagne jusqu'au moyen-âge (2). Le prix de cet achat ne sera pas toujours, comme à l'origine, un bouclier, une framée ou un glaive; ce seront des terres, de l'or ou de l'argent.

(1) Tacite, *Mœurs des Germains*, chap. 18.
(2) Michelet, *Origines du Droit français*.

Le *morgengabe* confère à la femme un droit d'usufruit subordonné au cas de prédécès du mari, mais son indépendance est surtout assurée au moyen du douaire ou donation anténuptiale, qui lui attribue sur une partie des biens de son mari un droit de propriété à compter du jour du mariage, et dans lequel le prix d'achat et le *morgengabe* ne tarderont pas à se confondre.

Mais l'infériorité de la femme et la puissance du mari sur sa personne se révèlent dans le droit attribué à ce dernier de punir le délit d'adultère dont elle se serait rendue coupable. Rasée, dépouillée de ses habits en présence des parents, la femme est chassée de la maison par le mari, qui la poursuit dans toute la bourgade à coups de fouet. Et une fois deshonorée, c'est sans retour; il n'y a ni beauté, ni jeunesse, ni fortune qui puisse lui faire trouver un mari, car ce peuple ne plaisante pas avec le vice (1).

Cependant la puissance maritale y est tempérée par un droit de protection (*mundium*) que les coutumes assurent à la femme ; si elle reçoit une injure, le mari doit la venger; mais aussi c'est à lui qu'appartiennent les compositions auxquelles pourraient donner lieu les délits dont elle aurait à se plaindre.

Ce tableau des mœurs germaines n'est plus aussi

(1) Tacite, *Mœurs des Germains*, chap. 19.

rigoureusement exact au temps de l'invasion ; la pureté des mœurs primitives s'était altérée au contact de la société romaine ; le divorce de Charibert, roi de Paris, et celui de Chilpéric trahissent à cette époque le mélange des races et des coutumes.

Cependant le contact des Germains ne pouvait manquer d'exercer une influence salutaire sur les mœurs de Rome ; car ils apportaient au milieu de la corruption des Gallo-Romains, les éléments d'une civilisation adoucie par l'influence que les femmes avaient exercée dans cette société où leur avis était toujours accueilli avec déférence, et considéré comme le résultat d'une inspiration divine (1). Aussi tandis que les coutumes gauloises allaient bientôt disparaître, le droit germanique régénéré par le christianisme devait rester longtemps encore en présence du droit romain. Leur fusion complète et définitive n'est pas antérieure au XIe siècle. Jusqu'à cette époque, nous avons à parcourir une période de confusion entre la loi des vainqueurs et celle des vaincus; cette période, c'est celle du régime féodal.

§ 5. De la condition des femmes pendant la période féodale.

Le caractère distinctif de la législation romaine à l'époque de Justinien avait été l'unité ; le caractère

(1) Tacite, *Mœurs des Germains*, chap. 8.

de l'époque féodale fut la diversité ; mais au-dessus de cette confusion d'éléments si divers planait la puissance du haut baron « enfermant les manants « sous portes et gonds, du ciel à la terre, seigneur « dans tout le ressort, sur tête et couvent, prairie, « forêt chenue, oiseau dans l'air, poisson dans « l'eau, bête au buisson, cloche qui roule, onde qui « coule. »

L'un des effets de cette puissance despotique fut le droit de *maritagium*. La liberté du mariage fut refusée à la vassale, et à plus forte raison à la femme serve, qui ne pouvait se soustraire à cette dépendance qu'en achetant au suzerain le droit de se choisir un époux.

Quelquefois le serf était affranchi sous la condition expresse qu'il ne se marierait pas.

L'intérêt du fief n'avait même pas permis aux héritières de haut lignage de conserver entièrement la jouissance de cette liberté ; elles étaient obligées de se marier pour desservir le fief comme on voit aujourd'hui les marchandes qui perdent leur mari, épouser leur premier commis pour faire aller l'établissement (1). Cependant l'héritière âgée de plus de soixante ans était dispensée de cette obligation.

Quant au droit de *marquette*, dérivation du *mari-*

(1) Chateaubriand, *Analyse de l'Histoire de France.*

tagium, rien n'indique que cette honteuse redevance ait jamais été acquittée en nature ; les seigneurs consentirent généralement à la convertir en prestations diverses (1).

Si la puissance du mari n'allait pas jusqu'au droit de vie et de mort, elle comprenait, du moins dans une certaine mesure, le droit de correction sur la personne de la femme. Sans doute les priviléges locaux modifièrent plus tard l'exercice de ce droit ; mais il est certain que dans la première période de l'époque féodale, il fut permis au mari d'infliger à sa femme un châtiment corporel, pourvu que ce fût *sans mort et sans mehaing* (2). Quelques coutumes allaient même jusqu'à exiger que les femmes mariées laissassent pousser leur cheveux afin que leurs maris eussent prise sur elles.

Une législation qui abandonnait ainsi la personne de la femme à l'arbitraire du mari devait lui refuser toute capacité civile, soit pour contracter, soit pour soutenir une action en justice.

Plusieurs coutumes étendaient même la nécessité de l'autorisation au cas où elle était citée en matière criminelle, lui refusant, à défaut de cette autorisation, le droit sacré de la défense.

A l'égard des actes de la vie civile, nous voyons

(1) Michelet, *Origines du Droit français.*

(2) Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, chap. LVII, 6, tom. II.

son incapacité s'étendre dans certaines coutumes jusqu'à la faculté de faire un testament : « Femme « mariée ne peut tester d'aucune chose s'il ne lui « est permis par son mari, ou que par son traité de « mariage il ne soit ainsi convenu (1). »

Les pouvoirs du mari sur les biens étaient, à l'origine, analogues à ceux qu'il exerçait sur la personne, du moins en ce qui concerne les meubles, à l'égard desquels les femmes n'avaient, suivant l'expression de d'Argentré, d'autre droit que « celui « des domestiques qui n'usent des choses de la « maison que par tolérance et avec le consentement « du maître. »

L'infériorité de la femme se manifeste d'une manière non moins choquante dans l'exclusion de la terre salique à laquelle les lois la condamnaient. Dans plusieurs provinces, la fille n'avait rien à prétendre ; elle était dotée d'un simple chapel de roses, souvent elle avait moins encore, une noix, comme dans l'Anjou et le Maine (2).

Tel fut l'état de la législation pendant la première période de la féodalité, qui s'étend jusque vers le XIIe siècle ; mais, à cette époque, de grands progrès s'étaient accomplis. En combattant sans relâche la polygamie et le divorce, dont l'usage s'était perpé-

(1) *Coutume de Normandie* (art. 417).
(2) Michelet, *Origines du Droit français*.

tué chez les Barbares longtemps après leur conversion, le christianisme s'efforçait de relever la dignité du mariage et de lui restituer son véritable caractère. En proclamant l'égalité des sexes, il détruisait le despotisme du mari et le transformait peu à peu en un droit de protection; mais, en France comme à Rome, cette transformation fut l'œuvre du temps; ce ne fut que grâce à une action constante des idées chrétiennes que le droit du plus fort perdit successivement ses prérogatives.

Tandis que les tribunaux ecclésiastiques protégeaient la personne de la femme contre les abus du *maritagium*, et que le droit honteux de correction était retiré au mari par les priviléges de plusieurs coutumes, le douaire et la communauté, en diminuant les pouvoirs du mari sur les biens, élevaient la femme au rang d'associée et lui préparaient ainsi dans la famille un rôle plus conforme à celui que la nature l'appelle à y remplir. Ce fut surtout un bienfait pour les pays coutumiers où l'on ne connaissait pas le régime dotal et les garanties tutélaires qu'il offrait à la femme pour la conservation et la restitution de sa dot dans les provinces qui avaient conservé les traditions du droit romain. Déjà à cette époque le droit fut reconnu à la femme de reprendre son douaire franc et quitte de toutes charges; le privilége de renoncer à la communauté, d'abord re-

connu aux femmes nobles seulement, fut bientôt étendu aux autres classes (1).

Si les coutumes n'admettaient pas encore la femme au droit de succéder à la terre salique, les mœurs n'acceptaient plus, depuis longtemps déjà, cette exclusion ; le plus souvent, le père appelait par son testament ses filles à prendre leur part dans la succession de l'*allod*, « pensant que donnés tous à lui « également de Dieu, ses enfants devaient trouver « en lui un égal amour, et après son départ d'ici-« bas jouir également de ses biens. »

Cette formule, fréquente au septième siècle, atteste que dès cette époque la rigueur du droit des barbares n'était plus sur ce point en rapport avec l'état des mœurs.

Les croisades favorisèrent encore ce mouvement; en portant le dernier coup à l'isolement féodal et à la tyrannie des barons, elles exercèrent sur les mœurs sociales une influence à laquelle la condition des femmes ne pouvait rester étrangère. « L'é-« poque enthousiaste de la première croisade ne se « contenta pas, dit M. Michelet, d'égaler la femme « à l'homme, elle l'éleva plus haut encore. Une « célèbre abbaye, fondée vers l'an 1100, réunit dans « le bois de Fontevrault deux communautés, l'une

(1) *Coutume de Paris*, art. 237.

« d'hommes, l'autre de femmes; les hommes même « furent soumis à l'abbesse; l'abbesse avait le « double glaive temporel et spirituel; elle punissait « et elle absolvait; d'elle émanaient également les « censures et les indulgences; tous les biens de « l'ordre étaient entre ses mains; les frères étaient « nourris par elle (1). »

Bientôt on vit les femmes succéder aux fiefs par droit d'aînesse, siéger parmi les pairs et rendre la justice. Plus tard, il est vrai, elles furent privées de ces priviléges; mais elles trouvèrent un dédommagement à leur exclusion des charges publiques dans la considération si nouvelle qui les entoura et sur laquelle la galanterie chevaleresque de l'époque précédente n'était pas restée sans influence.

Laissons ici la parole à M. Lavallée. « Ce fut dans « les châteaux, dit-il, et grâce à l'esprit chevale- « resque que se développa la condition des femmes « et qu'elles acquirent avec le sentiment jusqu'alors « mal connu de leur dignité, cette force d'âme, cette « finesse d'esprit, cette sensibilité de cœur qui « tiennent une si grande place dans l'histoire mo- « derne. La châtelaine était maîtresse; elle servait « le fief comme son mari; elle était intéressée « comme lui à son honneur et à sa conservation;

(1) *De l'Education des femmes au moyen-âge.*

« elle pouvait d'ailleurs en hériter et le gouverner,
« et les femmes, placées ainsi sur un pied d'égalité
« avec les hommes, tendaient à prendre la conduite
« morale de la société. Le christianisme avait fait
« cette révolution. Sous l'influence du culte tou-
« chant de Marie, en qui la femme était divinisée
« dans sa double et mystique nature de vierge et de
« mère, les femmes furent adorées ; l'esprit de fa-
« mille, cette condition indispensable de la vigueur
« des peuples, devint une passion très-puissante ;
« le mariage ne fut plus un marché à l'avantage de
« l'homme, mais une institution sainte basée sur
« l'égalité, un sacrement que le clergé sut faire res-
« pecter quand le caprice luxurieux des hommes
« tendait à le violer (1).

§ 6. Dernier état de la législation.

Grâce aux influences diverses que nous venons d'indiquer, la personnalité de la femme avait obtenu à la fin du quinzième siècle de nouvelles garanties. Si elle était encore traitée comme une mineure soumise à la tutelle de son mari, du moins elle n'avait plus à craindre qu'il usât contre elle du droit de correction que le progrès des mœurs avait fait définitivement écarter. Au droit de renoncer à la com-

(1) *Histoire des Français*, tome I, page 263.

munauté lorsque l'acceptation lui semblait onéreuse, la législation avait ajouté celui de n'être tenue des dettes de cette communauté que jusqu'à concurrence de son émolument actif, en l'acceptant sous bénéfice d'inventaire.

La loi lui reconnaissait également le droit de demander la séparation des patrimoines, et celui de prétendre à des récompenses toutes les fois que ses biens personnels ou sa part dans la communauté auraient été compromis par l'administration du mari.

Enfin le mari ne pouvait plus vendre, échanger, faire partage ou licitation, charger, obliger ni hypothéquer les biens propres de sa femme sans le consentement de celle-ci (1).

Désormais l'indépendance de la femme était assurée; elle avait reconquis sa véritable place au foyer domestique. Son influence ne devait même pas se borner au cercle étroit de la famille; elle allait bientôt rayonner sur le développement de la civilisation. Jamais cette influence ne fut plus manifeste qu'au commencement du dix-septième siècle, lorsque Balzac et Voiture eurent mis à la mode cette galanterie littéraire dont l'hôtel de Rambouillet perpétua plus tard les traditions.

(1) *Coutume de Paris*, art. 226.

Ces précieuses conquêtes de la civilisation parurent, il est vrai, compromises au dix-huitième siècle par le désordre des mœurs de cette époque, et par les désastreuses innovations que les lois de la Révolution firent prévaloir. Le principe salutaire de l'indissolubilité du mariage disparut un instant pendant la tourmente révolutionnaire, et le mariage devint un accouplement sans dignité que le caprice de l'un des époux pouvait dissoudre à son gré; mais les législateurs du Code civil firent bientôt justice de ces tentatives, et rendirent à la morale publique une partie de ses droits légitimes. Enfin, la loi réparatrice du 8 mai 1816 consacra définitivement l'indissolubilité du lien conjugal, et restitua au mariage ce caractère si éminemment spiritualiste que le christianisme lui imprima pendant tant de siècles, qui fonda la civilisation française, et qui peut seul la conserver.

DEUXIÈME PARTIE.

CONSIDÉRATIONS SUR L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE PREMIER.

DROITS ET DEVOIRS DE L'ÉPOUSE.

§ 1er. Rapports personnels des époux.

Unité et égalité, telle était le double caractère des réformes que les législateurs de 1804 se proposaient d'introduire dans notre droit; mais ils surent reconnaître au principe d'égalité les limites dans lesquelles il doit être renfermé, et en constituant la famille sur de nouvelles bases, ils respectèrent le caractère distinctif des deux sexes et la subordination légitime que la nature elle-même impose à la femme. L'union conjugale n'en fut pas moins constituée sur les bases d'une étroite solidarité; désormais les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance; et si la femme doit obéir à son

mari, ce dernier doit la protéger. La réciprocité des devoirs, l'obligation de partager la bonne et la mauvaise fortune; la tyrannie du plus fort transformée en un droit de protection au profit du plus faible, ce sont là autant de principes qui attestent l'influence du spiritualisme chrétien.

Tel est le caractère que présentent aujourd'hui dans leur ensemble les rapports personnels des époux. Nous allons rechercher quelle application en a été faite à chacun des droits et des devoirs qui résultent de leur union.

1° FIDÉLITÉ.

Le devoir de fidélité fut à toutes les époques imposé à la femme avec un caractère particulièrement rigoureux. La législation des Hébreux punisssait de mort la femme adultère et son complice, à moins que le mari ne préférat la répudier sans douaire. En Egypte, on lui coupait le nez afin qu'elle portât pendant le reste de sa vie les marques de son déshonneur ; à Athènes, on ne prononçait qu'une peine infamante ; mais l'adultère de la femme fut seul chez ces différents peuples l'objet des préoccupations du législateur. Les lois romaines autorisaient le divorce au profit du mari lorsque sa femme s'était rendue coupable d'adultère ; il conserva même jusqu'au

règne d'Auguste le droit de la punir de mort, s'il la surprenait en flagrant délit; mais celle-ci restait sans défense contre l'adultère de son mari. Sous Justinien elle était enfermée dans un couvent, et lorsque le mari ne consentait pas à la reprendre, elle devait après deux ans être tonsure, et recluse pendant toute sa vie; chez les Germains le mari était armé du droit de correction domestique contre sa femme infidèle; Tacite nous le montre la poursuivant à coups de fouet; mais il ne dit rien du cas où le mari manquait lui-même au devoir de fidélité. Ce droit de correction accordé au mari passa dans le droit féodal et subsista aussi longtemps que la femme dut s'incliner devant le pouvoir majestueux du sexe viril. Au quatorzième siècle, la femme adultère était punie de la peine du fouet; plus tard, rasée et enfermée dans un couvent le reste de ses jours, elle fut déchue de sa dot, et de tous les avantages que lui assuraient ses conventions matrimoniales.

Notre législation moderne a répudié ces pénalités barbares; mais elle n'a pas entièrement abandonné l'antique distinction entre la faute du mari et celle de la femme.

Le mari pourra toujours demander la séparation de corps pour cause d'adultère de sa femme; mais il pourra impunément entretenir une concubine; il échappe à toute pénalité, si la concubine ne réside

pas habituellement sous le même toit que l'épouse légitime (1).

La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus; mais le mari poursuivi sur la plainte de sa femme pour avoir entretenu une concubine dans la maison conjugale, sera puni d'une simple amende de 100 fr. à 2,000 fr. (2).

Ces dispositions ne reposent plus aujourd'hui sur l'infériorité de la femme. Le législateur préfère invoquer les conséquences plus graves que sa faute peut entraîner en faisant entrer dans la famille légitime un enfant qui n'appartient pas à celui que la loi regarde comme le père (3), et la jurisprudence corrige la rigueur de ces principes en décidant notamment que l'adultère dont le mari se serait rendu coupable en dehors du domicile conjugal peut selon les cas constituer une injure grave envers la personne de la femme, et donner, à ce titre, ouverture à une demande en séparation de corps.

Cependant il eût peut-être été préférable que le législateur sanctionnât par des garanties identiques l'accomplissement d'un devoir dont il consacrait la la réprocité. L'adultère, en effet, n'est pas seule-

(1) Code Nap., art. 229 et 230.
(2) Code pénal, art. 337 et 339.
(3) Exposé des motifs du liv. III, titre 2, chap. Ier du Code pénal.

ment un délit privé, contre lequel l'époux offensé vient demander à la justice une réparation légitime; il intéresse aussi la morale publique. L'époux adultère viole le double serment qu'il a contracté devant Dieu et devant la société; il outrage à la fois la loi divine et la loi humaine; si la faute du mari est moins grave dans ses conséquences, elle n'est pas moins dangereuse en elle-même, par l'ascendant moral que l'homme exerce dans la famille, et par l'autorité de l'exemple qu'il donne aux enfants dont l'éducation lui est confiée.

Lorsque le mari a été convaincu du délit d'adultère, il est privé du droit de provoquer une condamnation contre sa femme (1). Cette déchéance est fort juste, et dans le silence de la loi, elle nous paraît devoir être réciproque.

Le mari est toujours libre d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre sa femme en consentant à la reprendre (2), mais celle-ci conservera le droit de repousser la reconciliation qui lui est offerte, et qui ne peut résulter que d'un consentement mutuel.

La loi punit le complice des mêmes peines que l'épouse qu'il a séduite (3); mais n'est-il pas souvent

(1) Code Napoléon, art. 336.
(2) *Ibid.*, 337.
(3) Code pénal, art. 338.

plus coupable qu'elle ? Combien en a-t-on vu s'attacher aux pas d'une femme, et la poursuivre sans relâche jusqu'à ce que, lassée de leurs persécutions, elle succombât enfin devant cette violence morale ! L'opinion publique qui condamne si sévèrement la femme adultère, néglige trop souvent de rechercher quel est le vrai coupable. Le mari lui-même enveloppera presque toujours dans un égal ressentiment le séducteur et sa victime, et l'on frémit en pensant que peut-être, sous l'empire d'une colère aveugle il ira chercher dans leur sang une satisfaction à son amour trompé, ou à son orgueil déçu. La loi déclare ce meurtre excusable, pourvu qu'il ait été commis au moment même où le mari surprend l'adultère dans la maison conjugale (1) : l'outrage fait au mari a paru une de ces provocations violentes qui appellent l'indulgence de la loi (2). Mais cette excuse légale aura pour résultat de réduire la peine à celle d'un simple délit, et non d'assurer l'impunité à un acte qui n'est jamais légitime. La loi reste muette à l'égard du meurtre que la femme aurait commis dans les mêmes circonstances ; cependant nous ne doutons pas que l'immunité qu'elle établit au profit de l'un des époux ne doive également protéger l'autre ; nous ne comprendrions pas que l'outrage fût assez

(1) Code pénal, art. 324.
(2) Code pénal, exposé des motifs du livre III, titre 2.

grave dans un cas pour faire admettre l'excuse de provocation, et que dans l'autre il ne fût pas jugé suffisant, et nous invoquons à l'appui de cette opinion le principe depuis longtemps reconnu par la jurisprudence, que les dispositions d'une loi peuvent toujours s'étendre à un cas qui n'a pas été expressément prévu, lorsque ces dispositions ont pour conséquence l'adoucissement d'une peine.

L'adultère est donc un délit bien grave, puisque non seulement il méconnaît la sainteté du mariage et brise les liens de la famille, mais qu'il peut même transformer les époux en ennemis armés l'un contre l'autre. Et cependant ce délit ne nous semble pas être apprécié par nos mœurs avec toute la sévérité qu'il comporte. Nous mesurons la gravité de la faute au châtiment que la loi lui inflige, au lieu de considérer l'atteinte qu'elle porte à la loi morale, et nous ne prenons pas garde que si le législateur doit proportionner la peine au préjudice social, la conscience de chacun de nous n'est pas tenue de s'attacher à cette considération. Le jour où ce préjugé disparaîtrait, et où l'opinion renoncerait à considérer l'adultère comme une peccadille, le progrès des mœurs publiques aurait fait un grand pas.

2° SECOURS. — ASSISTANCE.

L'étroite solidarité qui résulte du mariage oblige

les époux à s'aider mutuellement. L'un d'eux est-il atteint par des revers de fortune, l'autre doit partager avec lui les ressources pécuniaires dont il dispose. Réclame-t-il des soins ou des consolations, son conjoint doit se consacrer à lui sans réserve. Tel est le double devoir de secours et d'assistance que la loi, d'accord avec la religion, impose aux époux.

La femme séparée de biens, soit par son contrat de mariage, soit par jugement, doit supporter entièrement les charges du mariage s'il ne reste rien au mari (1).

La même obligation peut être imposée à l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée; les liens du mariage sont en effet relâchés par cette séparation, mais ils n'en subsistent pas moins, et l'offense dont un époux s'est rendu coupable envers l'autre ne dispense pas celui-ci des devoirs qui sont nés de leur union.

La séparation de corps peut être prononcée pour cause d'injure grave lorsqu'un époux refusant à son conjoint les soins personnels qui constituent l'assistance, outrage ainsi le plus saint et le plus solennel des contrats; mais aucune peine ne lui sera infligée; car le dévouement ne s'impose pas; il procède d'une émotion libre sur laquelle la loi ne peut

(1) Code Napoléon, art. 1448.

exercer aucune contrainte, et qu'elle doit abandonner au jugement de Dieu et de la conscience.

3° PROTECTION. — OBÉISSANCE.

Le législateur a réuni dans un même article (1) le devoir de protection qu'il prescrit au mari et celui d'obéissance qu'il impose à la femme, comme pour indiquer que ces prescriptions doivent se compenser l'une par l'autre, de telle façon que la balance soit tenue à peu près égale entre les droits respectifs de chaque époux. Aussi ce mot « *obéissance* » nous effraie-t-il peu, pourvu qu'on n'en exagère pas la portée. Nous ne saurions nous associer à ce commentaire qui en fut donné par le premier consul : « Madame, vous ne sortirez pas d'ici ; Madame, vous « n'irez pas à la comédie ; Madame, vous ne verrez « pas telle personne, c'est-à-dire, Madame, vous « m'appartenez corps et âme. » Le progrès des mœurs ne nous paraît pas avoir consacré cette interprétation du devoir d'obéissance, et l'opinion publique condamnerait, nous en sommes certains, le mari qui oserait tenir à sa femme un pareil langage. Nos mœurs acceptent l'autorité tutélaire du mari, mais elles répugnent à tout ce qui semblerait une

(1) Code Napoléon, art. 213.

contrainte exercée sur la personne de la femme. Quel est en effet le fondement de l'autorité maritale, et dans quelle limite cette autorité est-elle légitime? C'est ce qu'il importe d'examiner.

«L'homme, dit M. de Bonald (1), est une intelligence « servie par des organes. » Sous ce rapport la femme est incontestablement l'égale de l'homme ; elle est comme lui un être intelligent, un agent libre et responsable. Ce qui la distingue, c'est la faiblesse des organes qui servent d'instruments à son intelligence. La femme chez qui la nature a développé à un si haut point la sensibilité, prend pour règle de ses actions ou de ses pensées, une impression, tandis que l'homme moins sensible et plus raisonnable (nous disons à dessein plus raisonnable et non pas plus intelligent), se laisse guider par une réflexion plus calme qui le protège mieux contre les surprises de l'entraînement. C'est ainsi qu'ils se complètent l'un par l'autre ; la volonté de l'homme modère l'extrême sensibilité de sa compagne, tandis que cette sensibilité tempère à son tour la fermeté naturelle à l'homme, et l'empêche de dégénérer en rudesse.

S'il est vrai que la hiérarchie soit la condition nécessaire de toute association, il résulte de ce qui précède que le mari doit être le chef de la société conjugale, et que son autorité dérivant moins d'un

(1) *Du divorce au dix-neuvième siècle.* Discours préliminaires.

droit de supériorité que d'un droit de protection, aura une base légitime. Il ne faut donc pas plus nier cette autorité qu'il ne faut l'exagérer. L'égalité absolue des deux sexes serait la négation même de la famille. Elle ne compromettrait pas seulement la paix du ménage, elle outragerait aussi la nature qui, en assignant à chacun des sexes un caractère différent, ne les appelle pas l'un et l'autre aux mêmes destinées. Un assez beau rôle n'est-il pas d'ailleurs réservé à la femme? Et que gagnerait-elle à échanger contre les préoccupations de l'intérêt privé, ou contre les agitations de la vie publique, cette vie sédentaire, ces occupations paisibles, ces soins du ménage dans lesquels nous la voyons jouer un rôle si noble et si touchant?

Nous repoussons donc cette égalité absolue de droits et de devoirs, rêvée aujourd'hui par quelques novateurs; mais nous ne protestons pas moins énergiquement contre toute pensée d'infériorité d'un sexe à l'égard de l'autre. La femme a besoin de protection, parce qu'elle est plus faible; l'homme est plus libre, parce qu'il est plus fort (1). Tel est le seul fondement que nos mœurs puissent reconnaître aujourd'hui à l'autorité maritale. On parle souvent du respect qui est dû aux femmes. Ce sentiment dont nous avons tous conscience est inexplicable si l'on n'ad-

(1) Portalis, *Exposé des motifs.*

met pas l'égalité des deux sexes, car on ne respecte pas un être qu'on sent inférieur à soi; mais on protége un être plus faible, on le défend contre l'injure du plus fort. Telle est la mission des sociétés civilisées ; aussi a-t-on dit avec raison que la civilisation d'un peuple se mesurait au degré de considération et de respect que ses lois garantissent aux femmes.

En résumé, nous ne voyons dans les rapports des deux sexes qu'un devoir pour le plus fort de protéger le plus faible, et un droit pour ce dernier d'être protégé ; ce qu'on voudrait appeler l'infériorité de la femme nous semble se traduire par un droit que la nature établit en sa faveur.

4° COHABITATION.

La femme contracte par le fait de son mariage l'obligation d'habiter avec son mari, et de n'avoir désormais d'autre domicile que le sien. Aucun motif ne saurait la soustraire à l'accomplissement rigoureux de cette obligation, quelle que fût d'ailleurs la légitimité des griefs qu'elle alléguerait, tant que la justice n'a pas fait cesser une communauté d'existence devenue impossible. Mais qu'arrivera-t-il si elle méconnaît son devoir et qu'elle abandonne le domicile conjugal?

Les tribunaux ont plusieurs fois reconnu au mari le droit de l'y faire rentrer avec l'aide de la force

publique (1). Quant à nous, nous espérons que la jurisprudence encore incertaine ne consacrera pas au profit du mari un droit aussi exorbitant. Que serait la femme si un tel système pouvait prévaloir? Une propriété, une chose, un meuble, que le mari pourrait revendiquer entre les mains des tiers! Ne serait-ce pas là un vestige des temps barbares, une coutume indigne d'un peuple civilisé, qu'il faudrait s'empresser de faire disparaître de nos lois si jamais elle devait y prendre place? Quelle pourrait être d'ailleurs l'efficacité d'un semblable remède? quelle garantie offrirait à la paix du ménage le retour de la femme au foyer domestique effectué sous le patronage de la gendarmerie? On objecte que ce scandale sera probablement fort rare, et que la seule menace de la force publique suffira pour décider la femme à rentrer librement au domicile commun. Mais cette menace elle-même, en supposant qu'elle produise l'effet salutaire qu'on veut bien lui attribuer, ne serait-elle pas un triste présage pour l'avenir de la société conjugale? et ne suffirait-il pas que le mari pût recourir une seule fois à la force publique pour qu'un pareil droit dût lui être refusé?

Quelques auteurs n'osent aller aussi loin. Le mari, disent-ils, ne serait pas tenu de fournir des aliments à sa femme; il pourrait même faire saisir ses reve-

(1) Notamment Cass., 9 août 1826.

nus, et le refus persistant de la femme après ces moyens inutilement tentés constituerait une injure grave, donnant ouverture au profit du mari à une demande en séparation de corps.

Nous préférons sans aucun doute cette seconde opinion; mais pourquoi ne pas écarter absolument ces mesures de rigueur si l'on reconnaît qu'elles peuvent rester sans résultat? Pourquoi ne pas recourir directement à la séparation de corps, puisqu'il faudra toujours en venir à cette extrémité? C'est là, selon nous, la seule voie que le mari puisse légitimement employer. Notre profond respect pour la dignité de la femme ne nous permet pas d'admettre qu'il exerce sur elle aucune contrainte; en un mot, nous pensons que l'obligation qui est imposée à la femme d'habiter avec son mari est purement morale. On ne peut nous reprocher que cette solution soit contraire à la loi, car nulle part la loi n'a établi par quelle voie le mari pourrait vaincre la résistance de sa femme. Dira-t-on que cet abandon du domicile conjugal constitue une atteinte à la puissance du mari contre laquelle il ne peut rester sans défense? Mais la puissance maritale ne sera-t-elle pas beaucoup mieux protégée par une affection réciproque, par de mutuelles concessions, et surtout par ce constant amour du devoir qui nous donne tant de force contre les séductions de l'intérêt ou de la passion? La femme vraiment chrétienne

n'oubliera jamais ce que la religion et la loi lui prescrivent ; elle sait que le lien qui l'unit à son mari est indissoluble et que la solidarité qui en résulte est si étroite qu'elle leur survit en quelque sorte, leur montrant encore une nouvelle communauté d'existence par delà les limites du tombeau ; mais celle qui n'est pas soutenue par ces convictions puissantes sera-t-elle touchée par l'appareil de la force publique ? Le mari peut-il espérer que cette contrainte ramènera, docile et soumise, l'épouse qui a méconnu ainsi la sainteté du mariage ? N'est-il pas probable au contraire que ces mesures de rigueur ne feront qu'irriter sa résistance ?

Enfin un dernier argument se présente à notre esprit : Si la femme est obligée d'habiter avec son mari, un devoir corrélatif est imposé à ce dernier, celui de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire à son entretien et à sa subsistance, selon ses facultés et son état (1) ; mais quel moyen la femme pourra-t-elle employer si le mari refuse obstinément de la recevoir ? Un seul, la séparation de corps ; cette solution est inévitable, mais elle ne peut être légitime qu'à la condition d'être réciproque.

Si la femme doit habiter avec le mari, il est clair

(1) Code Napoléon, art. 214.

qu'elle doit le suivre partout où il juge à propos de résider. Mais cette obligation est-elle absolue et sans réserves ? Selon Pothier, le mari ne pouvait obliger sa femme à le suivre à l'étranger, parce que, disait-il, la femme *qui doit encore plus à sa patrie qu'à son mari*, ne pourrait être obligée d'imiter l'abjuration qu'il ferait de sa patrie (1). La question devait nécessairement se présenter à l'attention des rédacteurs de notre Code. On proposa d'introduire, parmi les obligations respectives des époux, une disposition aux termes de laquelle le mari ne pourrait contraindre sa femme à le suivre hors du territoire français, si ce n'est lorsqu'il serait chargé par le gouvernement d'une mission à l'étranger exigeant résidence. Mais cette disposition fut écartée sur l'observation du conseiller d'État Boulay, que la question devait être abandonnée aux mœurs et aux circonstances. On décide donc généralement aujourd'hui que la femme ne serait pas tenue de suivre son mari dans un voyage lointain qui ne pourrait être entrepris qu'au péril de son existence ou de sa santé, surtout si ce voyage n'avait d'autre but que la satisfaction d'un caprice. Il en serait de même si le mari n'offrait pas à sa femme une habitation convenable, eu égard à ses facultés et à sa condition sociale, ou enfin s'il

(1) *Traité de la puissance du mari*, chap. Ier.

prétendait l'entraîner dans une vie errante et aventureuse.

Dans ces différents cas, l'obligation morale de la femme sera plus ou moins étendue; elle devra examiner dans le secret de sa conscience jusqu'à quel point il lui est permis d'invoquer le bénéfice de la loi en séparant sa destinée de celle de son mari.

§ 2. Tutelle de la femme sur la personne de son mari interdit.

Le mari est, de droit, tuteur de sa femme interdite, mais le même privilége n'est pas reconnu à la femme qui peut seulement être nommée tutrice si le conseil de famille le juge convenable (1). Le conseil de famille règle en même temps la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours de la femme devant les tribunaux, si elle croit être lésée par ce règlement; ainsi elle aurait incontestablement ce droit, si on lui avait alloué pour les dépenses de la maison une somme insuffisante, eu égard à la fortune des époux.

Mais n'eût-il pas été préférable que le législateur établît au profit des époux un droit réciproque? S'ils sont obligés de se secourir mutuellement, s'ils se doivent l'un à l'autre les soins ou les consolations dont ils peuvent avoir besoin, ne serait-il pas juste qu'un étranger ne pût leur être préféré lors-

(1) Code Nap., art. 506 et 507.

qu'il s'agit de protéger la personne et les biens de celui d'entre eux qui se trouve frappé de démence ou d'imbécillité? Un arrêt de la Cour de Paris avait décidé que la femme ne pouvait être privée de la tutelle sans un motif valable ; mais cette interprétation libérale n'a pas été admise par la Cour de cassation (1) qui a reconnu au conseil de famille un pouvoir discrétionnaire.

§ 3. Divorce et séparation de corps.

1° DIVORCE.

La plupart des peuples de l'antiquité ont admis soit la faculté réciproque du divorce, soit le privilége spécial au mari de rompre le lien conjugal, et qu'on nomme plus particulièrement répudiation. Tel fut notamment le caractère des lois de Romulus, qui, si l'on en croit Plutarque, permirent aux maris de répudier leurs femmes dans les trois cas suivants : si elles avaient empoisonné leurs enfants, si on leur avait trouvé de fausses clefs, ou si elles s'étaient rendues coupables d'adultère. Si quelqu'un répudiait sa femme pour quelque autre motif, la moitié de son bien devait être adjugée à la femme, l'autre moitié à Cérès, et il devait être lui-même dévoué aux dieux infernaux (2). Faut-il admettre, avec Tertullien et

(1) Cass., 27 nov. 1816.
(2) Vie de Romulus.

plusieurs historiens recommandables (1), que les Romains n'en profitèrent pour la première fois qu'au sixième siècle, ou faut-il suivre l'avis de Montesquieu (2), auquel ce fait paraît invraisemblabe? Nous n'entreprendrons pas de trancher cette question ; il nous suffit de constater que le droit de répudiation fut consacré dès les premiers siècles de Rome, et, fût-il vrai que les mœurs restèrent pendant cinq cents ans au-dessus des lois, il n'en serait pas moins certain que, plus tard, les lois devinrent impuissantes à corriger les mœurs. On répudia sa femme pour les motifs les plus légers, tantôt parce qu'elle était sortie nu-tête hors de la maison, tantôt parce qu'elle avait assisté aux jeux à l'insu de son mari; celui-ci parce qu'elle était vieille, celui-là parce qu'elle était infirme. On reprochait à Paul-Emile de répudier sa femme. « Elle est belle, lui disait-on, elle « est sage, elle vous a donné des enfants qui sont « votre espérance. — Mes souliers, répondit-il, sont « neufs, sont bien faits, et pourtant je suis obligé « d'en changer ; nul que moi ne sait où ils me bles- « sent (3). »

Ce fut bien pis encore, lorsque Domitien, selon

(1) Tertullien, *Apolog.*, Valère Maxime, liv. II, chap. 1er, Aulu-Gelle, liv. VI, chap. 3; Denys d'Halicarnasse, *Ant. Rom.*, liv. II.

(2) *Esprit des lois*, liv. IX, ch. IX.

(3) Plutarque, *Vie de Paul Emile*.

les uns, Julien l'apostat, selon les autres, eut reconnu à la femme le droit réciproque de provoquer la dissolution du mariage, et que le divorce put être établi par consentement mutuel, sans qu'il fût nécessaire d'alléguer aucun grief. En vain les empereurs avaient-ils cherché un remède à cet état déplorable des mœurs ; le christianisme seul pouvait accomplir cette tâche immense ; car il avait en lui la force qui régénère et le courage qui entreprend (1). Aussi dirigea-t-il tous ses efforts de ce côté, invoquant le précepte que Jésus-Chrit avait proclamé dans le sermon sur la montagne: « Et moi, « je vous dis que quiconque aura épousé celle que « son mari aura renvoyée commet un adultère. »

Ce ne fut pas sans une longue résistance que le christianisme obtint le prix de ses efforts. Il en coûtait à la société romaine de se séparer d'une institution qui flattait ainsi ses passions et ses faiblesses. D'ailleurs, les Barbares qui allaient bientôt mêler leurs coutumes grossières aux mœurs corrompues des Romains, devaient augmenter encore les difficultés de l'œuvre que le christianisme entreprenait. La lutte se prolongea avec ardeur pendant toute la période féodale ; mais le divorce ne disparut pas de nos institutions avant l'époque de la fusion com-

(1) Troplong, *Influence du christianisme.*

plète des diverses nationalités. Il est vrai que quelques siècles plus tard, la réforme le remit en honneur; mais s'il fut permis à quelques-uns par la loi religieuse, il resta prohibé, du moins en France, par la loi civile. Le protestantisme exerça cependant une influence funeste au principe de l'indissolubilité du mariage. En relâchant les liens de l'autorité dans la famille comme dans l'Etat, il prépara les esprits à une législation moins austère. Déjà, au seizième siècle, la séparation de corps que l'Eglise avait acceptée comme une transaction nécessaire (1), devenait de plus en plus fréquente; bientôt on ne s'en contenta plus. Elle cessa surtout d'être en harmonie avec la liberté des mœurs du dix-huitième siècle ; la société matérialiste de cette époque rencontra bientôt au milieu des vertiges de l'ivresse révolutionnaire la triste satisfaction qu'elle réclamait. L'œuvre de régénération sociale, si laborieusement achevée par l'Eglise, parut un instant compromise par cette fiévreuse impatience qui, sous prétexte de réforme, brisait si violemment toutes nos traditions. Le consentement mutuel, la simple incompatibilité d'humeur, parurent alors au législateur des motifs suffisants de rompre le lien conjugal (2). Aussi vit-on le nombre des divorces atteindre des proportions vraiment effrayan-

(1) Concile de Trente, session 24, Canon 8°.
(2) Loi du 20 novembre 1792.

tes. Dans les trois premiers mois de 1793, il était, à Paris seulement, du tiers des mariages (1).

Le résultat de ces déplorables tentatives était facile à prévoir. Une grande liberté de mœurs, un goût effréné pour les plaisirs, un luxe extraordinaire (2), tel est le triste tableau que nous présente l'état des mœurs à l'époque du Directoire. Le 18 brumaire vint heureusement mettre un terme à cette situation. Nous n'avons pas à juger ici ce grand événement; mais nous ne pouvons nous empêcher de reconnaître qu'il exerça sur le désordre des mœurs une réaction salutaire, et que si les réformes qui en résultèrent furent incomplètes, du moins elles préparèrent la voie à une législation meilleure. Le divorce par consentement mutuel fut maintenu; mais on l'entoura de formalités propres à en prévenir l'abus; on put en outre l'obtenir pour cause déterminée dans les quatre cas suivants : pour adultère de la femme, pour adultère du mari, s'il avait entretenu une concubine dans le domicile conjugal; pour excès, sévices, ou injures graves de l'un des époux contre l'autre, et pour condamnation de l'un d'eux à une peine infamante. En outre, la séparation de corps, qui fut rétablie, permit aux époux auxquels la vie commune devenait impossible de ne point rompre les liens de

(1) De Bonald, *du Divorce au dix-neuvième siècle.*
(2) Thiers, *Histoire de la Révolution française.*

leur mariage au mépris de la loi religieuse qui le leur défendait.

Enfin le divorce fut définitivement aboli par la loi du 8 mai 1816, sans discussion, et avec uns sorte d'entraînement passionné qui a pu être reproché avec raison aux législateurs de cette époque (1), mais qui eut du moins pour résultat d'assurer le triomphe des droits de la morale publique trop longtemps méconnus.

Et maintenant le divorce n'est-il pas jugé, au seul point de vue dont nous ayons à nous préoccuper ici, celui de la condition qu'il fait à la femme? Réduite au rôle humiliant d'une concubine qu'on écarte au gré du plus léger caprice chez les peuples qui ont reconnu au mari le droit de répudiation, qu'a-t-elle gagné à obtenir un droit identique? Cette égalité dans la licence n'eut-elle pas toujours pour résultat de lui faire perdre, au milieu de la confusion des mœurs, la considération et le respect? Il suffit de rappeler à quel état de dégradation le christianisme trouva la femme réduite, au milieu de cette promiscuité scandaleuse qui signala les dernières années de la république romaine, et à quelle hauteur il la conduisit en restituant au mariage son véritable caractère. Puissent les leçons de l'expérience n'être jamais perdues pour notre pays! Puisse-t-il ne pas

(1) Lerminier, *Philosophie du droit.*

oublier que le respect des liens de la famille est la meilleure sauvegarde des bonnes mœurs et la plus précieuse garantie de la prospérité d'un Etat !

2° SÉPARATION DE CORPS.

La séparation de corps, maintenue par le législateur de 1804 était surtout utile à une époque où le soin des intérêts matériels prenait déjà une grande place dans les préoccupations publiques, et où le mariage commençait à devenir une *affaire*. Si le mariage est si souvent une source d'amers regrets, c'est que l'homme néglige, la plupart du temps, de rechercher si la femme à laquelle il se propose d'unir sa destinée, possède ces précieuses qualités de l'esprit et du cœur qui peuvent seules la rendre véritablement appréciable, et forment l'unique garantie d'un attachement durable ; l'insatiable désir de richesse qui tourmente aujourd'hui la société transforme trop souvent le mariage en une honteuse spéculation ; mais la nature n'indique à l'union des sexes qu'une seule base légitime, c'est un sentiment d'amour désintéressé que le temps transforme peu à peu en une inaltérable et pure affection, et nous sommes profondément convaincu, pour notre compte, que si cette vérité était mieux comprise, la plupart des scandales dont le foyer domestique est trop fréquemment le théâtre pourraient être évités.

Quoi qu'il en soit, le mal existe, et il devait appeler toute l'attention du législateur. Faire cesser la communauté d'habitation lorsqu'elle est devenue impossible, en laissant subsister pour le surplus toutes les obligations réciproques qui résultent du mariage, telle était la seule voie qui fût tracée par l'expérience. Telle est aussi la solution que notre droit a définitivement adoptée en substituant la séparation de corps au divorce.

La séparation de corps a lieu dans les cas où le divorce était admis pour cause déterminée : adultère du mari, lorsqu'il a tenu une concubine dans la maison conjugale; adultère de la femme; excès, sévices, ou injures graves de l'un des époux contre l'autre; condamnation de l'un d'eux à une peine infamante, c'est-à-dire aux travaux forcés à temps, à la détention, à la réclusion, au bannissement, à la dégradation civique et aux travaux forcés à perpétuité (1). Nous ne reviendrons pas sur les différents cas dans lesquels la séparation de corps peut être prononcée pour cause d'adultère. Quant aux excès, sévices ou injures de l'un des époux contre l'autre, ce sera aux tribunaux à décider si les faits allégués sont assez

(1) La condamnation de l'un des époux aux travaux forcés à perpétuité n'a plus pour effet de dissoudre le mariage depuis la loi du 18 mai 1854 qui a aboli la mort civile; elle autorise seulement son conjoint à demander la séparation de corps.

graves pour donner ouverture à la séparation de corps dans le sens de la loi.

Ainsi la jurisprudence a décidé que les injures ne devaient pas être nécessairement verbales, et qu'elles pouvaient résulter des termes inconvenants contenus dans une lettre adressée par l'un des époux à l'autre (1). Le sexe, l'âge, la condition sociale des époux seront également pour le tribunal de justes éléments d'appréciation.

La procédure suivie dans cette matière délicate atteste toute la sollicitude du législateur. L'époux demandeur adresse une requête au président du tribunal; ce magistrat l'appelle devant lui en même temps que son conjoint, afin d'amener entre eux un rapprochement s'il est possible; s'il n'y parvient pas, il les renvoie à se pourvoir devant le tribunal sans préliminaire de conciliation.

La femme défenderesse peut être autorisée par le président à quitter le domicile commun jusqu'à la décision du tribunal, et à se retirer dans une autre maison qu'il désigne; ce magistrat lui permet en même temps de retirer les linges et hardes à son usage personnel.

Toutefois nous pensons que le bénéfice de cette mesure ne constitue pas un privilége au profit de la femme et que le mari pourrait être également auto-

(1) Bordeaux, 15 juillet 1853.

risé à se retirer provisoirement dans un lieu désigné par le président, si la présence de sa femme au domicile conjugal pouvait menacer sa sûreté personnelle.

Le droit d'obtenir une pension alimentaire ou une provision appartient également à celui des époux dont les ressources sont insuffisantes pour assurer son existence, ou pour lui permettre de soutenir les frais de l'instance en séparation ; le soin d'apprécier la légitimité de la demande et d'en fixer le montant appartient au tribunal.

Mais la protection du législateur ne se borne pas à la personne de la femme ; elle s'étend aussi sur ses biens qui, pendant l'instance, pourraient être dissipés par le mari. En effet, la séparation de corps, en autorisant la femme à choisir un domicile distinct, devait avoir pour conséquence de lui rendre l'administration de ses biens et la jouissance libre de ses revenus ; mais le vœu de la loi aurait pu devenir illusoire si la femme n'eût été autorisée à prendre toutes les mesures conservatoires de ses droits. Elle pourra de son chef faire apposer les scellés sur les effets de la communauté ; et l'on décide même que le tribunal pourrait l'autoriser à déposer à la caisse des consignations les deniers communs, si cette mesure semblait exigée par les circonstances.

Mais la séparation de corps, avons-nous dit, laisse subsister les obligations qui naissent du mariage.

Ainsi les époux séparés ne doivent pas se considérer comme affranchis du devoir de fidélité. Ne serait-il pas honteux d'ailleurs que le complice de l'adultère usurpât la place de l'époux, fermant ainsi toute issue à une réconciliation? Un arrêt de cassation a cependant reconnu au mari contre lequel la séparation de corps a été prononcée, le droit d'entretenir une concubine (1); mais cette décision nous semble inexplicable. Si les liens du mariage ne sont pas rompus par la séparation, pourquoi ne présenteraient-ils pas de part et d'autre le même caractère d'indissolubilité?

Le devoir de fidélité que les époux doivent observer l'un envers l'autre ne nous paraît pas toutefois tellement rigoureux, qu'il puisse élever un obstacle perpétuel au mariage de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée pour adultère, et de son complice. Il vaudrait mieux permettre à l'époux devenu libre, d'épouser son complice, que de les exposer l'un et l'autre à passer leur vie dans le désordre. Si le divorce mettait obstacle au mariage dans le cas qui nous occupe, c'était afin d'empêcher qu'un époux n'eût la pensée de violer ses devoirs, et de légitimer ensuite une passion coupable en épousant son complice; mais la séparation de corps, en laissant subsister le mariage, rend inutile cet odieux calcul; l'a-

(1) 27 avril 1838.

nalogie qu'on voudrait établir ne nous semble donc pas suffisante pour établir contre un époux devenu libre, une incapacité aussi rigoureuse.

La séparation de corps laisse également subsister entre les époux l'obligation de secours et d'assistance ; mais cette obligation n'a jamais aucune sanction pénale, et le refus que ferait l'un des époux de s'y soumettre n'entraînerait contre lui d'autre déchéance que celle du droit d'exiger les mêmes secours ou la même assistance, si elle lui devenait nécessaire.

La séparation de corps ne porte également aucune atteinte au droit de successibilité qui appartient à l'époux survivant, dans le cas où son conjoint ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, ni au droit à la jouissance légale qui est accordée aux pères et mères sur les biens de leurs enfants, ni à l'incapacité de la femme, qui continue de subsister à l'égard de tous les actes autres que ceux d'administration.

Elle peut cesser par une réconciliation. Les liens du mariage seront alors rétablis sans bruit et sans éclat, par la seule volonté des époux, de quelque manière qu'elle soit exprimée ; les conventions matrimoniales seules ne pourraient revivre qu'après l'accomplissement de certaines formalités dont nous n'avons pas à nous occuper ici.

§ 4. Des seconds mariages.

Il est remarquable, dit Rollin (1), que chez les païens les secondes noces, tant pour les hommes que pour les femmes, furent déshonorantes. « Ceux qui « donnent une belle-mère à leurs enfants, disent les « lois de Charondas, bien loin d'être honorés, seront « regardés avec mépris, parce qu'ils introduisent la « discorde dans une famille. Ils seront exclus du « conseil public, car, ajoute le législateur, des hom- « mes capables de rendre un si mauvais service à « leurs familles ne peuvent pas être de bons citoyens. » A Rome, le grand pontife ne pouvait passer à de secondes noces, et Properce nous montre une dame romaine qui se faisant honneur de n'avoir eu qu'un mari, veut qu'on l'inscrive sur son tombeau.

Jungor Paule tuo sic discessura cubili
In lapide hoc uni nupta fuisse legar (2).

Dès le règne de Numa il fut défendu aux femmes de contracter un nouveau mariage avant les dix mois révolus de leur deuil. Plus tard, il est vrai, la loi Pappia Poppœa, dans le but de réagir contre les abus du divorce si fréquents au siècle d'Auguste, se montra moins défavorable aux seconds mariages; mais elle ne les autorisa pas sans restriction; car

(1) *Histoire romaine*, tome 3.
(2) Liv. II, Elégie XI, *Cornelia ad Paulum.*

elle maintint la peine d'infamie prononcée contre la femme lorsqu'elle contractait un nouveau mariage avant le délai de dix mois.

Chez les Germains, la femme qui convolait à de secondes noces était frappée de plusieurs déchéances civiles, et elle devait abandonner le lit nuptial à la famille de son premier mari.

Le christianisme lui-même ne vit pas les secondes noces avec une grande faveur. Si le concile de Nicée condamna l'hérésie de ceux qui prétendaient qu'elles étaient contraires à la nouvelle loi, l'Eglise honora du moins de ses préférences la fidélité qui se prolongeait au-delà du tombeau, et que ne pouvaient vaincre ni les faiblesses du cœur ni les séductions de l'intérêt.

Mais les païens ne s'étaient jamais préoccupés des enfants d'un premier lit; le christianisme inspira sur ce point aux empereurs plusieurs dispositions importantes. Théodose-le-Grand, en privant la mère qui se remariait des avantages que lui assurait son précédent contrat, les attribua à ses enfants sous la réserve de son droit d'usufruit. Léon et Anthémius témoignèrent la même sollicitude en réduisant à une part d'enfant le moins prenant les donations qui pourraient être faites entre époux en cas de second mariage. La même sollicitude se révèle dans les monuments de notre ancienne législation (1).

(1) Edit de 1560. — Coutume de Paris, art. 279.

Ces préoccupations n'ont pas été sans influence sur notre droit moderne. L'ancienne défaveur attachée aux secondes noces a été maintenue ; non seulement la veuve ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent (1), mais elle est frappée, par le seul fait de la nouvelle union qu'elle contracte, de plusieurs déchéances assez rigoureuses.

Elle perd la jouissance légale qui est attribuée au survivant des père et mère sur les biens de ses enfants mineurs (2).

Si elle n'a pas été maintenue dans la tutelle des enfants nés de son précédent mariage, elle est privée du droit de leur choisir un tuteur (3).

Lors même qu'elle aurait été maintenue dans cette tutelle, le choix qu'elle aurait fait d'un tuteur ne sera valable qu'autant qu'il aura été confirmé par le conseil de famille (4).

Les donations entre époux sont également limitées à une part d'enfant le moins prenant, lorsqu'il existe des enfants d'un précédent mariage, sans que cette part puisse jamais excéder le quart des biens du disposant (5).

(1) Code Napoléon, art. 228.
(2) Code Napoléon, art. 386.
(3) Code Napoléon, art. 399.
(4) Code Napoléon, art. 400.
(5) Code Napoléon, art. 1098.

Ces différentes dispositions sont rigoureuses, sans doute; elles pourront même paraître fort dures dans certains cas particuliers; mais l'inimitié si fréquente des belles-mères à l'égard des enfants d'un premier lit ne justifiait que trop les préventions du législateur.

CHAPITRE II.

DROITS ET DEVOIRS DE LA MÈRE.

Les époux ont contracté, par le fait de leur mariage, l'obligation d'élever les enfants qui en naîtraient; mais élever ses enfants, ce n'est pas seulement leur donner le pain de chaque jour; c'est former leur cœur, diriger leur intelligence, réprimer en eux le germe des mauvais instincts. Pour atteindre ce résultat, il est nécessaire que les époux exercent sur la personne de leurs enfants une certaine autorité. Tant que l'enfant n'a pas atteint l'âge auquel la nature lui reconnaît assez d'expérience pour qu'il puisse se diriger lui-même, il faut qu'une protection dévouée vienne au secours de sa faiblesse, et qu'une autorité tutélaire supplée à son inexpérience. De là résulte pour le père et la mère le droit d'exiger la soumission la plus absolue, l'obéissance

la plus rigoureuse. Sans doute à mesure que l'enfant concevra une notion plus claire de sa personnalité, l'autorité paternelle devra se transformer. « Les liens « de la sujétion des enfants, dit Locke (1), sont sem- « blables à leurs langes et à leurs premiers habil- « lements; l'âge et la raison les délivrent de ces liens « et les mettent dans leur propre et libre disposi- « tion, » mais dans le premier âge, leur caractère ne peut se développer à l'abri des exemples dangereux ou des mauvaises inclinations que sous une autorité inflexible et respectée.

La dépendance qui est prescrite à la femme à l'égard du mari, ne peut jamais avoir pour effet de la faire déchoir du rang quelle doit occuper dans la famille; elle partagera donc avec lui le droit d'élever ses enfants et de surveiller leur éducation; il importe même que la mère participe dans une certaine mesure à l'éducatiou des enfants; car ceux-ci ne deviendront véritablement hommes que s'ils ont grandi sous la double influence du caractère propre à chacun des deux sexes. L'éducation exclusivement dirigée par l'un des époux ne produirait que des êtres incomplets, toujours incapables d'allier dans une juste proportion la force de l'âme à la sensibilité du cœur, et la vigueur de l'esprit à la finesse du sentiment.

(1) Du gouvernement civil.

Mais le père reste, pendant le mariage, le dépositaire de l'autorité; la femme ne peut être appelée à l'exercer qu'à la dissolution du mariage, ou lorsque le mari se trouve incapable d'agir.

§ 1er. Droit de garde et de correction.

Lorsque la femme exerce les attributs de la puissance paternelle, elle peut 1° faire arrêter, en quelque lieu qu'il se trouve, l'enfant âgé de moins de vingt ans, qui a quitté sans autorisation le domicile maternel, et l'y faire ramener avec l'aide de la force publique;

2° Faire détenir son enfant, mais par voie de réquisition seulement, et avec le concours des deux plus proches parents paternels.

La détention prononcée par voie de réquisition peut durer six mois au plus; l'ordre d'arrestation est délivré par le président du tribunal, sur l'avis du procureur impérial. Ce magistrat peut le refuser ou abréger le temps de la détention requis par la mère.

Le droit de correction accordé à la femme survivante est donc beaucoup moins étendu que celui qui est reconnu au père pendant le mariage, puisqu'il ne lui est jamais permis de provoquer la détention de son enfant par voie d'autorité, et qu'elle ne peut le faire détenir par voie de réquisition

qu'avec le concours de deux membres de la famille de son mari. Ce droit lui serait même entièrement refusé, si elle avait contracté un nouveau mariage.

Le caractère si facilement impressionnable des femmes a fait craindre qu'elles ne cédassent aux entraînements d'une indulgence fatale aux intérêts de l'enfant. Le concours de deux parents paternels, en assurant une répression plus efficace, protége en même temps la mère contre les reproches que son enfant pourrait plus tard lui adresser, en ôtant tout prétexte au soupçon d'injustice ou de partialité qui aurait pu naître dans son esprit.

Le droit de faire grâce à l'enfant coupable, qui appartient incontestablement à la mère lorsqu'elle exerce les droits de la puissance paternelle, nous semble susceptible des mêmes restrictions; il y a analogie de motifs.

3° Elle profite de l'usufruit légal des biens de ses enfants jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de dix-huit ans ou jusqu'à leur émancipation si elle avait lieu avant cet âge (1). Notre droit moderne, en accordant à la mère cette faveur que lui refusaient les lois romaines et la plupart de nos anciennes coutumes, a voulu réparer ainsi l'injustice de plusieurs

(1) Code Napoléon, art. 384.

siècles, et la faire entrer en quelque sorte pour la première fois dans la famille (1).

4° Elle peut s'opposer à leur mariage ;

5° Elle est leur tutrice légale s'ils sont mineurs, pourvu toutefois qu'elle n'ait pas contracté un nouveau mariage.

Enfin la mère peut aussi à défaut du père, émanciper ses enfants lorsqu'ils ont atteint l'âge de quinze ans révolus.

Le principe que l'exercice de la puissance paternelle n'appartient pas à la mère pendant le mariage souffre deux exceptions.

La première est relative au droit d'adoption qui ne peut être exercé par l'un des époux sans le consentement de l'autre. La seconde se rapporte à l'obligation qui est imposée au mari de prendre l'avis de sa femme lorsqu'il s'agit de consentir au mariage d'un enfant commun.

§ II. Droit de consentir au mariage de ses enfants.

Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans, ou la fille âgée de moins de vingt-un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leur père et mère ; mais, en cas de dissentiment, le consentement du père suffit (2). Nous ne pouvons nous

(1) Vésin, Rapport au Tribunat sur le projet de loi relatif à la puissance paternelle.

(2) Code Napoléon, art. 148.

empêcher de regretter cette disposition qui constitue au profit de l'enfant le droit de contracter un mariage au mépris des observations de sa mère, et malgré des pressentiments qui ne sont peut-être que trop fondés. N'est-ce donc pas assez de l'avis des deux époux, lorsqu'il s'agit de prémunir un jeune homme contre les entraînements de la passion ou les préjugés de l'inexpérience, au moment où il va contracter un engagement qui peut compromettre sa vie tout entière? Sans doute la mère devra être consultée. On la mettra en demeure, au moyen d'un acte respectueux, de faire connaître les motifs de son refus; mais vainement voudrait-on voir dans cette formalité une satisfaction donnée à ses droits légitimes, en disant que l'enfant cédera peut-être à des observations dont il reconnaîtra la légitimité; car il reste libre de les méconnaître et de passer outre. N'y a-t-il pas là une sorte d'atteinte portée au respect dont l'enfant doit à tout âge honorer ses parents? Cette inégalité entre les droits des époux ne peut-elle pas devenir entre eux une source de mésintelligence et de reproches amers contre le mari, si l'avenir justifie les pressentiments de la femme? Il nous semble qu'on aurait pu éviter ces fâcheuses conséquences en exigeant que le mariage ne pût être célébré sans le consentement des deux époux tant que l'enfant n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans.

Le mariage est en effet un acte assez important pour que la mère soit appelée à donner son avis autrement qu'à titre consultatif. Le législateur a compris qu'elle ne pouvait y rester complétement étrangère; mais nous aurions préféré qu'au lieu de s'arrêter à une demi-mesure, il adoptât la solution plus libérale que nous venons d'indiquer.

§ 3. Droit de tutelle.

Les lois romaines écartèrent pendant longtemps les femmes de la tutelle; soumises elles-mêmes à une tutelle perpétuelle, comment auraient-elles pu exercer aucun droit de famille ? Ce fut seulement sous Justinien que la mère fut appelée pour la première fois à la tutelle légale de ses enfants (1). Ces traditions libérales furent suivies dans nos provinces de droit écrit ; mais en pays coutumier, la mère ne pouvait être tutrice sans une autorisation du juge. La loi moderne, tout en décidant qu'en principe général les femmes seraient exclues du droit de faire partie d'un conseil de famille ou d'être appelées aux fonctions de tutrice, n'a pas hésité à reconnaître à la mère comme un droit ce qu'elle n'obtenait que comme une grâce (2).

La tutelle de la mère prend naissance, soit provisoi-

(1) Novelle 118.
(2) Berlier, *Exposé des motifs*.

rement lorsque le père est déclaré absent, soit définitivement lorsqu'il est prédécédé. Mais, dans ce dernier cas, le père a pu nommer à sa femme un conseil, sans l'assistance duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle, si la restriction est générale, ou aucun des actes qui seraient limitativement indiqués. On s'est demandé si la femme était tenue de solliciter l'autorisation de son conseil, ou s'il s'agissait simplement d'un avis à lui demander. Nous n'hésiterons pas à interpréter le silence de la loi en faveur de la femme. Si le père a voulu suppléer à sa faiblesse ou à son inexpérience, il n'a pu vouloir soumettre ses actes au contrôle toujours humiliant d'un étranger. Invoquerait-on l'intérêt des enfants? Sans doute il peut leur être utile que leur mère ait un guide expérimenté; mais le choix que son mari a fait, et la confiance que ce choix doit lui inspirer, ne sont-ils pas pour elle des motifs suffisants de prendre en considération les avis qui lui seront donnés, sans qu'il soit nécessaire d'autoriser au profit de son conseil une intervention qui pourrait tranformer une mesure de prévoyance en un contrôle vexatoire?

La veuve n'est pas tenue d'accepter la tutelle. Le législateur n'a pas voulu qu'elle pût être soumise à la responsabilité qu'entraîne cette charge de famille, lorsqu'elle recule elle-même devant son inexpérience. Cette décision est d'autant plus conforme à l'équité,

que pendant le mariage la femme, s'occupant exclusivement des soins du ménage qui conviennent si bien à sa nature, n'est pas préparée, la plupart du temps, à prendre la direction des affaires de la famille, lorsque la mort vient frapper son mari. Son inexpérience pourrait d'ailleurs être fatale aux intérêts des mineurs; il était donc à la fois juste et utile de ne pas la contraindre à accepter la tutelle. Elle devrait toutefois provoquer la réunion d'un conseil de famille afin de faire nommer un tuteur, et remplir les fonctions de tutrice jusqu'à cette nomination (1).

Elle doit également convoquer le conseil de famille lorsqu'elle contracte un nouveau mariage, car ce mariage pourrait compromettre l'intérêt des mineurs, et justifier la révocation de ses pouvoirs de tutrice, que le conseil de famille est autorisé à prononcer contre elle. Si la mère est maintenue dans la tutelle, elle devient solidairement responsable avec son mari, qui est de droit cotuteur (2).

La cotutelle du mari est si intimement liée à la tutelle de la mère, que la destitution encourue par le cotuteur entraîne nécessairement pour la mère destitution de la tutelle que le conseil de famille lui avait conservée. Cette décision est consacrée par la

(1) Code Nap., art. 394.
(2) Code Nap., art. 396.

jurisprudence, et résulte notamment d'un arrêt de la cour de Bourges (1), qui appliqua à la mère cette conséquence rigoureuse, bien que, « d'après tous les « documents soigneusement recueillis par la cour, « il n'apparût pas que l'affection de la mère eût « manqué aux enfants, ni que, soit sa négligence « quant à leur éducation, soit son incurie quant à « leurs intérêts, pût motiver, quant à elle person- « nellement, la destitution de la tutelle. »

Cette déchéance est sévère; la mère indirectement atteinte ne doit pas se plaindre, dit-on, d'une condition qu'elle s'est faite elle-même en contractant un nouveau mariage. Mais, en admettant qu'elle eût à se reprocher quelque légèreté, n'est-il pas bien dur de lui retirer la tutelle de ses enfants lorsqu'elle a fidèlement accompli tous ses devoirs, et de la rendre responsable des faits auxquels elle est restée étrangère? Quant à nous, cette disposition rigoureuse ne nous semble pouvoir s'expliquer que par la défaveur que notre législation attache aux seconds mariages.

La mère naturelle est-elle tutrice légale de son enfant mineur? Dans le silence de la loi, les partisans de l'affirmative invoquent l'affection que les pères et mères naturels portent à leurs enfants, et les droits de la nature qui réclament une protection également nécessaire à l'enfant naturel et

(1) 28 janvier 1857.

à l'enfant légitime. Nous ne pensons pas que cette solution puisse être admise, et nous invoquons à l'appui de notre opinion un arrêt rendu sur cette importante question par la cour de Lyon (1), qui se fonda notamment sur ce motif « que la confiance du « législateur envers les père et mère dans le cas de « la famille légitime est loin d'avoir la même base « dans la filiation simplement naturelle; que sou- « vent alors l'intérêt de l'enfant, d'accord avec celui « des bonnes mœurs, peut réclamer que sa tutelle « soit exercée par d'autres que par les parents à la « faute ou à la conduite licencieuse desquels a été « due la tache de sa naissance. »

Ces considérations de haute morale nous semblent justifier suffisamment l'arrêt de la Cour. Nous ne pouvons admettre que le bénéfice des dispositions légales qui règlent les droits et les devoirs de la famille puisse être invoqué par ceux qui ont refusé de s'y soumettre.

CHAPITRE III.

DU CONTRAT DE MARIAGE.

§ 1er. Régime de communauté.

Si le législateur, tout en laissant aux époux une assez grande liberté dans le choix de leurs conven-

(1) 11 juin 1856.

tions matrimoniales, a décidé qu'à défaut de contrat, le régime de communauté formerait le droit commun des parties, ce n'est pas seulement parce que ce régime est plus national que le régime dotal, c'est surtout parce qu'il établit entre les époux une étroite solidarité qui convient particulièrement à la nature du mariage. La femme abandonne à son mari l'administration de tous les biens de la communauté, et de tous ceux dont elle reste propriétaire; elle ne se réserve que le droit de contribuer au bien-être de la famille par l'économie qu'elle fera régner dans les dépenses, et par l'accomplissement de la tâche modeste, mais si utile, qui appartient à son sexe. Elle n'exercera, il est vrai, pendant le mariage, aucun contrôle sur l'administration de son mari qui pourra aliéner les biens de la communauté, les hypothéquer, les dissiper même sans lui rendre aucun compte. Voilà des pouvoirs bien étendus, sans doute; mais les droits de la femme n'ont pas été livrés au pouvoir discrétionnaire du mari. La faculté d'accepter la communauté purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, ou même de la répudier lorsqu'elle est onéreuse, le droit de demander la séparation de biens lorsque le mari compromet la dot, enfin l'hypothèque légale qui, sous quelque régime que la femme soit mariée, lui garantit sur les immeubles de son mari le remboursement de toutes les créances

qu'elle peut avoir à poursuivre contre lui, constituent une large, mais légitime compensation à l'étendue de ces pouvoirs. Les différentes clauses qui peuvent intervenir au contrat de mariage, et se combiner avec les principes de la communauté légale, amélioreront encore la condition pécuniaire de la femme. Nous citerons notamment la faculté qu'elle peut se réserver de reprendre son apport franc et quitte de toutes dettes de la communauté, même au cas où elle y renoncerait, ce qui lui permet de profiter des bénéfices que la communauté réalisera, sans l'exposer à courir aucune chance de perte.

Cependant il faut bien reconnaître que l'accroissement de plus en plus considérable de la fortune mobilière met aujourd'hui entre les mains du mari un moyen assez puissant de paralyser l'effet de ces garanties protectrices, en même temps qu'il retire une partie de son efficacité à l'hypothèque légale dont l'effet est nécessairement limité aux immeubles.

Si le mari dissimule ses prodigalités, ou s'il refuse de tenir sa femme au courant des opérations qu'il entreprend, il n'est que trop vrai qu'elle pourra ne connaître sa ruine que le jour où le désastre sera devenu irréparable ! Sans doute, le changement qu'elle remarquera dans les habitudes de son mari, la gêne qui se fera sentir dans le ménage, l'avertiront peut-

être du péril qui menace sa dot ; mais ce ne sont pas là des garanties suffisantes, et il nous semble que cette situation nouvelle mérite toute l'attention du législateur qui ne peut manquer, un jour ou l'autre, de s'en préoccuper. Il est vrai qu'une assez grande liberté a été laissée aux époux, non seulement dans le choix du régime qu'ils préfèrent adopter, mais aussi dans les diverses modifications dont il peut leur convenir d'affecter les règles de la communauté légale. La femme pourrait donc y trouver, dès à présent, un moyen de prévenir dans une certaine mesure le danger que nous signalons ; mais ces précautions salutaires ne protégeraient pas en tout cas les biens de la femme qui se marie sans contrat.

§ 2. Régimes exclusifs de communauté.

Le régime sans communauté n'admet, ainsi que son titre l'indique, aucune société entre les époux. La femme conserve la propriété de ses biens ; le mari en a seulement l'administration et la jouissance en échange des charges du mariage qu'il supporte seul.

Le régime de séparation de biens laisse à la femme l'entière administration de sa fortune, et la jouissance libre de ses revenus. Le mari n'a, sur les biens de sa femme, ni un droit d'administration, ni un droit de jouissance ; il ne conserve que l'exercice

des prérogatives qui résultent de la puissance maritale. La femme qui peut agir sans aucune autorisation, dans la limite du droit d'administration qu'elle s'est réservé, ne pourra, sans le consentement de son mari, aliéner son mobilier à titre gratuit ou ses immeubles à titre onéreux, ni paraître en justice à raison de ses biens ; mais aucune autorisation ne lui sera nécessaire pour aliéner son mobilier à titre onéreux, et faire tous les actes qui rentrent dans les limites d'une large administration.

Sous ces régimes exclusifs de communauté, la protection du législateur ne fait pas non plus défaut à la femme; ses droits sont conservés par l'effet de l'hypothèque légale, et par le privilége de la séparation de biens qu'elle peut toujours invoquer contre son mari, lorsqu'il néglige ou qu'il compromet les intérêts qui lui sont confiés. Quelques auteurs reconnaissent en outre à la femme mariée sans communauté le droit de stipuler l'inaliénabilité de ses immeubles (1).

§ 3. Régime dotal.

La dot, sous ce régime, comme sous le régime de communauté, est ce que la femme apporte au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage.

Le mari a l'administration et la jouissance de tous

(1) Code Napoléon, art. 1535.—Duranton, *Contrat de mariage*, n° 297.

les biens que la femme se constitue en dot par une clause expresse, ou qui lui sont donnés dans son contrat de mariage. La femme conserve l'exercice des mêmes droits sur le surplus de ses biens, à l'égard desquels elle est dans la situation d'une femme mariée sous le régime de séparation de biens.

Mais elle trouve dans le principe de l'inaliénabilité une garantie pour la conservation de sa dot, et pour la restitution qui devra lui en être faite à l'époque de la dissolution du mariage. Il faudrait même décider, selon nous, que l'immeuble dotal inaliénable entre les mains des époux pendant le mariage, ne cesse pas de l'être lorsque le mariage est dissous, et que les créanciers ne pourront même à cette époque le saisir et le faire vendre. La femme doit avoir son immeuble franc et quitte de toutes charges, soit indirectes, soit directes; les créanciers se vengeront sur les paraphernaux de la femme et sur les biens qui viendraient à lui échoir pendant le mariage (1). Cette opinion nous semble conforme à l'esprit des dispositions qui règlent le régime dotal, et qui ont pour but d'assurer la conservation et la restitution de la dot.

Le régime dotal offre donc à la femme une protection beaucoup plus efficace que le régime de communauté contre les conséquences de la mauvaise ad-

(1) Duranton, *Contrat de mariage*, n° 513.

ministration de son mari, surtout si l'on admet que la dot mobilière elle-même est inaliénable ; mais il n'établit entre les époux aucune société de biens, aucune solidarité d'intérêts; il substitue les froids calculs de la prudence à cette confiance réciproque qui devrait toujours présider aux rapports personnels des époux, et qui, si elle est trop souvent fatale à la femme, est du moins plus digne des sentiments désintéressés qui doivent guider son choix.

Ces inconvénients peuvent être évités en ajoutant au régime dotal une société d'acquêts. Ce régime devient alors beaucoup plus avantageux pour la femme; il l'intéresse en outre à la prospérité du ménage en lui assurant, avec la conservation de ses biens présents, l'espoir de participer aux bénéfices futurs de la communauté; aussi est-il aujourd'hui d'un usage fréquent.

CHAPITRE IV.

DE LA SÉPARATION DE BIENS JUDICIAIRE.

Les lois romaines permettaient à la femme de revendiquer sa dot lorsque le mari semblait devoir en compromettre la restitution (1). Nos anciennes cou-

(1) Loi 22, § 8. Dig. sol. mat.

tumes lui reconnurent le même privilége lorsque le mari était trouvé *mal usant de ses biens* (1), *ou lorsqu'il tournait à pauvreté* (2). Pothier décidait aussi que la femme pouvait obtenir la séparation de biens toutes les fois que le mari « commence à devenir insolvable, et que le mauvais train que prennent ses affaires donne lieu de craindre qu'il ne le devienne de plus en plus (3). »

L'opinion de Pothier a été traduite presque littéralement dans notre code (4).

La séparation des biens est une faveur introduite dans le seul intérêt de la femme, dont le contrat de mariage confie le plus souvent à son mari l'administration de sa fortune, et qui aurait pu devenir victime d'une confiance trop aveugle; elle offre surtout une juste compensation aux pouvoirs si étendus qui sont accordés au mari sur les biens de la communauté. Aussi l'exercice de ce droit a-t-il été interprété de la manière la plus étendue. Lors même que la femme n'aurait apporté aucune dot, elle pourrait invoquer la protection de la loi, si elle a un talent ou une industrie; n'eût-elle ni talent, ni industrie, la séparation lui permettrait encore de mettre les donations qui lui seraient faites, ou les successions qui pour-

(1) Coutume de Bretagne.
(2) Coutume de Tours.
(3) *Traité de la communauté*, n° 510.
(4) Code Nap., art. 1443.

raient lui échoir, à l'abri des dissipations du mari, et de l'avidité des créanciers ; enfin n'eût-elle même ni industrie, ni espérances, il y a, dit-on, de sa part « une collaboration de tous les jours « qui a sa représentation dans l'actif social, parce « qu'elle est censée avoir contribué à former cet « actif, à l'entretenir, à l'améliorer; elle apporte « ses bras, son économie, ses soins domestiques; « voilà son capital, voilà sa dot (1). »

La séparation ne protège pas seulement la dot; mais encore tous les droits ou créances que la femme peut être appelée à poursuivre contre la communauté ou contre son mari. Elle peut être demandée non seulement sous le régime de communauté, mais aussi sous les régimes exclusifs de communauté et sous le régime dotal, en un mot toutes les fois que la dot est administrée par le mari.

Non seulement le droit de demander la séparation de biens n'appartient pas au mari, mais il est même réfusé, du moins en principe général (2), aux créanciers personnels de la femme, contrairement aux règles ordinaires, d'après lesquelles les créanciers exercent les actions qui appartiennent à leurs débiteurs; cette exception nous semble avoir été introduite afin de maintenir la paix du ménage, en évitant

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, n. 1321.
(2) Code Nap., art. 1446 et 1447.

le ressentiment que l'action des créanciers de la femme aurait pu inspirer au mari.

On ne saurait donc reprocher au législateur d'avoir trop ménagé sur ce point les témoignages de sa sollicitude; nous serions plutôt disposé à reconnaître que la protection dont il a entendu couvrir l'un des époux constitue dans certains cas une déchéance bien rigoureuse contre l'autre. Ainsi, la femme commerçante peut impunément compromettre l'actif de la communauté; si l'on peut répondre que dans ce cas le mari aurait à s'imputer d'avoir trop légèrement accordé l'autorisation, la loi semble du moins fort dure lorsque la femme a administré les biens communs pendant l'absence présumée du mari qui restera sans recours contre des actes auxquels il n'a pris aucune part!

Mais la femme elle-même, trouve-t-elle dans la séparation de biens une protection toujours efficace? L'industrie qui a pris depuis un demi-siècle des proportions extraordinaires, a développé l'esprit de spéculation au-delà de toute mesure; on préfère les émotions fiévreuses de l'agiotage, aux jouissances paisibles qu'assure au sein de la famille un bien être plus modeste, mais légitimement acquis par le travail, et trop souvent, c'est au milieu des tristes réalités de la ruine et de la misère, que les rêves les plus insensés iront s'évanouir. La dot de la femme

pourra ainsi disparaître en quelques heures dans ce gouffre où vont se perdre chaque jour tant de capitaux péniblement réunis, tant d'épargnes laborieusement acquises, et lorsqu'elle connaîtra le danger, peut-être ne lui restera-t-il déjà plus aucun moyen de se défendre contre les conséquences de ces folles dissipations !

CHAPITRE V.

DE L'INCAPACITÉ CIVILE DE LA FEMME MARIÉE.

§ 1er. Fondement de l'incapacité civile de la femme mariée.

La femme mariée est soumise, à compter du jour du mariage, à un état d'incapacité civile dont elle ne peut être relevée que par l'autorisation de son mari. Quelle est la cause de cette incapacité? Serait-ce l'infériorité de la femme? A coup sûr le législateur n'a pas établi une aussi choquante inégalité; car il a reconnu aux filles et aux veuves une capacité absolue; il a conféré à la femme survivante la tutelle de ses enfants; enfin, il a consacré au profit de l'épouse d'un interdit la faculté d'être nommée sa tutrice.

Serait-ce l'obéissance que la femme doit à son mari? On le décidait ainsi dans l'ancienne jurispru-

dence; les femmes mariées, disait Pothier, n'ont pas la raison plus faible que les filles ou les veuves, qui n'ont pas besoin d'autorisation (1). Notre Code ne nous paraît pas avoir entièrement abandonné cette décision, bien qu'il ait retiré au mari mineur le droit d'autoriser sa femme. Mais il ne faut pas oublier à quelles causes nous avons rapporté ce devoir d'obéissance; nous avons dit qu'il reposait sur la nécessité de maintenir la paix du ménage en donnant un chef à la société conjugale, et qu'il était imposé à la femme, parce que la nature lui a refusé les conditions nécessaires à la vie active et à la direction des affaires.

Telle est, selon nous, la seule base de l'incapacité civile dont la femme est frappée pendant le mariage. Que le mari reconnaisse donc le véritable caractère de son autorité; que, de son côté, la femme accepte sans murmure une dépendance qui, sans l'humilier, la protége contre sa propre faiblesse. C'est ainsi qu'ils maintiendront entre eux l'harmonie nécessaire à l'accomplissement de la tâche commune qu'ils ont à remplir.

§ 2. Caractère général de cette incapacité.

En principe général, la femme ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou oné-

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari.*

reux sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. Elle ne pourrait également, sans cette autorisation, ou à son défaut, sans celle de la justice, soutenir une instance judiciaire (1).

Mais si la femme mariée ne peut faire aucune disposition à titre gratuit ou onéreux pendant le mariage, la garantie de l'indépendance protégera du moins l'acte de ses dernières volontés. Le législateur, en abrogeant cette cause d'incapacité qui avait été admise par quelques coutumes, a compris que les dispositions testamentaires, qui ne peuvent avoir d'effet qu'après la mort, c'est-à-dire qu'après que l'union conjugale est dissoute, ne sauraient blesser les lois de cette union (2).

On s'est demandé si l'autorisation du mari était nécessaire à la femme qui se propose de publier un écrit. L'opposition du mari peut être fondée sur les motifs les plus justes; mais il ne nous semble pas qu'ils puissent jamais constituer à son profit un droit de censure qui n'est écrit nulle part. Sans doute la femme ne peut, pendant le mariage, faire aucun acte de disposition; mais n'est-il pas évident que la propriété de l'intelligence ne peut être assimilée à celle d'un capital mobilier, et qu'elle échappe, par sa nature même, au contrôle de la

(1) Code Napoléon, art. 215 et 217.
(2) Portalis, *Exposé des motifs.*

puissance maritale? Eh quoi! le mari aurait le droit exorbitant d'arrêter, par l'effet d'un caprice, la publication d'une œuvre qui, le plus souvent, n'aurait pas été sans profit pour la société! L'influence salutaire que les femmes ont à toutes les époques exercée sur la civilisation ne s'est-elle pas traduite dans leurs écrits qui, pour la plupart, ont tant contribué à épurer la langue, à développer la délicatesse du goût, à enrichir notre pays d'une gloire littéraire impérissable? Le contrôle du mari doit, à notre avis, se borner aux conventions que la femme fera avec ses éditeurs, et pour lesquels il n'est pas douteux que l'autorisation lui soit nécessaire (1).

L'incapacité d'acquérir à titre gratuit semble, au premier abord, résulter d'un soupçon injurieux contre la personne de la femme; cependant, nous ne pensons pas qu'elle soit fondée à s'en plaindre. Le soin de veiller sur son honneur est confié au mari; c'est donc à lui seul qu'il appartient de repousser une libéralité qu'elle regretterait peut-être d'avoir acceptée trop légèrement.

La nécessité de l'autorisation ne doit pas s'appliquer aux engagements qu'elle contracte sans convention. Il en est de même des obligations qui nais-

(1) La question a été résolue dans le sens contraire par la Chambre des députés (*Moniteur* des 26 et 27 mars 1841).

sent de ses délits ou de ses quasi-délits; il ne serait pas juste de laisser à la charge des tiers un dommage qu'ils n'ont pu prévoir, et à la responsabilité duquel ils sont étrangers.

Ajoutons encore aux cas où l'autorisation n'est pas nécessaire, ceux dans lesquels la femme est réputée agir comme mandataire de son mari dans la limite ordinaire de l'administration domestique.

L'incapacité de la femme peut, du reste, être modifiée, soit à raison des clauses de son contrat de mariage, soit à raison de sa qualité de commerçante.

Ainsi la femme séparée de biens peut faire sans autorisation tous les actes compris dans la limite du droit d'administration qu'elle s'est réservé. La femme autorisée par son mari à faire le commerce peut également, sans avoir besoin d'une autorisation spéciale, s'obliger pour tout ce qui concerne son négoce, et, dans ce cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux.

Non seulement le principe d'incapacité n'est pas absolu et sans restriction, mais dans les limites même où le législateur a cru devoir le maintenir, il n'a pas abandonné la femme aux conséquences du refus capricieux par lequel son mari prétendrait contrarier ses intérêts. Il n'y a aucun pouvoir particulier qui ne soit soumis à la puissance publique;

le magistrat peut donc intervenir pour réprimer les refus injustes du mari et rétablir toutes choses dans l'état légitime (1). Cependant l'autorisation de justice ne peut pas toujours suppléer celle du mari ; tel est le cas où la femme voudrait aliéner l'immeuble dotal pour établir les enfants communs (2).

Le juge ne pourrait pas non plus, au refus du mari, autoriser la femme à faire le commerce. Les opérations commerciales peuvent en effet entraîner des conséquences fort graves ; si la contrainte par corps est prononcée contre la femme, la ruine de la famille sera la conséquence nécessaire de son crédit perdu et de ses illusions détruites. Le législateur a pensé que dans cette circonstance le mari serait le meilleur juge des véritables intérêts de la famille. Cependant on décide généralement que si le mari était absent ou interdit, ou s'il était dans l'impossibilité de manifester sa volonté, les tribunaux pourraient selon les circonstances autoriser la femme, par exemple si l'intérêt de la famille l'exigeait impérieusement, et si la femme par son expérience des affaires commerciales présentait les garanties suffisantes d'une bonne administration.

Au contraire, l'autorisation de justice peut suppléer celle du mari, non seulement lorsque son refus

(1) Portalis, *Exposé des motifs*.
(2) Code Nap., art. 1556.

est injuste, mais lorsqu'il est en état de présomption ou de déclaration d'absence, et même aussi lorsqu'il est momentanément éloigné, si l'urgence est telle que la femme n'ait pas le temps de prendre son autorisation (1).

Le mari mineur, étant émancipé par le fait de son mariage, pourra sans doute autoriser sa femme à faire certains actes, tels que ceux qui ont pour but l'exercice des actions mobilières ; mais il ne pourra l'habiliter aux actes qu'il ne ferait pas valablement lui-même, et l'autorisation de justice serait absolument nécessaire à la femme, soit pour contracter, soit pour soutenir une instance judiciaire. Notre droit donne ainsi à la femme une légitime satisfaction que lui refusait l'ancienne jurisprudence qui, en reconnaissant au mari mineur le pouvoir d'autoriser sa femme, lui permettait seulement de se faire restituer en sa qualité de mineur contre les effets de cette autorisation, lorsqu'elle lui devenait préjudiciable. Le législateur moderne, préoccupé moins exclusivement des intérêts de la puissance maritale, n'a pas permis que la femme pût être soumise à la tutelle d'un incapable.

Si le mari est interdit, pourvu d'un conseil judiciaire, ou même simplement renfermé dans une mai-

(1) Tronchet, *Discussion au conseil d'Etat, art.* 222.

son d'aliénés (1), l'autorisation de justice devra également suppléer à celle qu'il est incapable de donner.

Il en sera de même dans le cas où il aura été frappé d'une peine infamante, bien qu'elle n'eût été prononcée que par contumace; mais l'incapacité devant cesser avec la durée de la peine (2), une question s'est élevée en ce qui concerne la dégradation civique. Cette peine est en effet perpétuelle, soit qu'elle résulte d'une condamnation aux travaux forcés à temps, à la détention, à la réclusion ou au bannissement, soit que le juge la prononce comme peine principale.

La déchéance du droit d'autorisation doit-elle être illimitée à l'égard de celui qui a encouru une semblable condamnation? Nous ne le pensons pas. Le texte que nous examinons (Code Napoléon, art. 221) dit formellement que le mari ne peut autoriser sa femme pendant la durée de la peine, et le Code pénal, qui a pris soin d'énumérer les conséquences qu'entraîne la dégradation civique, ne mentionne pas la privation dont serait frappé le mari du droit d'autoriser sa femme. Nous devons en conclure que la dégradation civique, prononcée comme peine principale, ne fera pas perdre au mari son droit d'autorisa-

(1) Loi du 30 juin 1838.
(2) Code Napoléon, art. 221.

tion, et que celui qui subira la dégradation civique comme peine accessoire de l'une des condamnations que nous venons d'indiquer, ne perdra ce droit que pendant la durée de la peine principale. On pourrait peut-être s'étonner au premier abord que le législateur eût maintenu la puissance du mari lorsque son honneur a été atteint d'une tache indélébile ; mais ce reproche ne nous semblerait pas fondé. La condamnation du mari à la dégradation civique, comme à toutes les peines infamantes, autorise la femme à demander la séparation de corps ; cette faculté lui donne une satisfaction légitime, mais suffisante. L'indignité du mari ne saurait avoir pour conséquence de restreindre l'étendue de son autorité qui doit subsister aussi longtemps que le mariage lui-même dont elle est un effet nécessaire.

L'autorisation que donne le mari a pour effet de relever la femme de son incapacité et lui permet de contracter un engagement aussi valable que si elle était fille ou veuve. En règle générale, cette autorisation n'a pas d'effet contre lui, cependant elle aura cet effet dans deux cas.

Le premier est celui où les époux sont mariés sous le régime de communauté ; l'exécution de l'obligation contractée par la femme avec autorisation de son mari, pourra être poursuivie sur les biens de la communauté, et même sur les biens propres du mari.

Toutefois, ce principe ne s'applique pas dans toute sa rigueur au mari dont la femme est commerçante. La contrainte par corps qui peut être prononcée contre elle n'atteindra jamais le mari ; car on ne peut admettre par analogie qu'il ait entendu obliger sa personne à l'exécution des engagements souscrits par sa femme (1). Il ne sera donc tenu que sur ses biens ; mais, dans cette limite, il subira comme la femme elle-même les chances aléatoires des opérations commerciales. Si l'entreprise prospère, la communauté s'enrichira ; il est juste qu'elle soit également soumise aux chances contraires. Mais les engagements souscrits par la femme ne l'obligeraient pas elle-même si elle ne faisait que détailler les marchandises de son mari, car elle ne serait alors que son mandataire.

Le second cas est celui où le mari autorise sa femme à aliéner sans faire la réserve du droit de jouissance qui peut lui appartenir d'après les clauses du contrat de mariage.

L'autorisation de justice produit à l'égard de la femme les mêmes effets que celle du mari ; mais elle ne peut jamais devenir préjudiciable à ce dernier. Lorsque la femme aliène avec autorisation de justice un bien dont elle a réservé la jouissance à son

(1) Marcadé, *sur l'art.* 220.

mari, ce droit sera respecté. Si les époux sont mariés en communauté, la femme qui contracte avec l'autorisation de justice n'engage ni la communauté ni le mari, si ce n'est lorsqu'elle s'oblige pour tirer le mari de prison ou pour établir les enfants communs.

La femme mariée, avons-nous dit, ne peut, sans l'autorisation de son mari ou de justice, soutenir une instance judiciaire, même contre son mari. Elle peut, il est vrai, lorsqu'elle plaide en séparation de corps, présenter sa requête au président du tribunal sans y être autorisée; mais elle ne pourrait introduire la demande principale sans l'autorisation de ce magistrat. La jurisprudence applique même la nécessité de l'autorisation au cas où la femme demande la nullité de son mariage (1). Cette décision a été critiquée. Elle aurait pour résultat, a-t-on dit, d'obliger la femme à reconnaître au mari une qualité qu'elle lui dénie. Cependant ce système nous paraît pouvoir se justifier : sans doute l'action que la femme intente aura pour résultat d'établir contre son mari une déchéance de tous les droits attachés à la puissance maritale, si le tribunal reconnaît qu'elle a été en effet victime de l'erreur qu'elle invoque; mais jusqu'à ce moment le mariage subsiste; pourquoi ne produirait-il pas tous ses effets? Sa

(1) Cass., 21 juin 1845.

validité nous semble devoir être protégée par une présomption qu'autorise suffisamment l'esprit de la loi, et la faveur qu'elle attache au principe de l'indissolubilité.

Mais l'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle, correctionnelle ou de police. Alors, l'autorité du mari disparaît devant celle de la loi, et la nécessité de la défense naturelle dispense la femme de toute formalité (1).

On le voit par cette rapide analyse, l'incapacité à laquelle nos lois soumettent aujourd'hui la femme mariée ne saurait être assimilée à celle qui résultait de la tutelle perpétuelle des Romains, et qui frappait la femme indépendamment du mariage d'une présomption d'inexpérience ou de légèreté. Si le législateur, en accordant au mari le droit de provoquer la nullité des actes qui auraient été faits sans son autorisation, a reconnu le même droit à la femme (2), c'est afin de lui permettre de réparer la faute qu'elle a commise en agissant au mépris de l'autorité maritale. Cela est si vrai que la prescription ne commencera à courir contre elle qu'à partir de la dissolution du mariage, lorsqu'elle ne pourra plus craindre de faire connaître à son mari le délit dont elle s'est rendue

(1) Portalis, *Exposé des motifs*.
(2) Code Nap., art. 225 et 1304.

coupable. L'incapacité de la femme mariée ne peut donc avoir à notre avis d'autre cause que le respect de l'autorité maritale, fondée sur la nécessité de maintenir l'harmonie au sein de la société conjugale ; elle cesserait d'être légitime si l'on voulait lui refuser ce caractère de bienveillante protection ; car elle aurait pour résultat nécessaire de méconnaître la dignité de l'épouse, en affaiblissant la part d'influence et d'autorité qu'elle exerce dans l'enceinte du foyer domestique. Ah ! sachons plutôt « substituer au « sévère langage des lois qui parle aux femmes de « soumission et d'obéissance, l'aveu de leur puis- « sance réelle, de leurs droits les plus beaux, les « plus chers et les plus doux, lorsque c'est au sein « des mœurs et des familles qu'elles veulent et « savent en constituer l'empire (1). »

CONCLUSION.

Nous avons essayé de démontrer comment, sous la loi constante et indéniable du progrès, la femme s'est élevée du rang d'esclave à celui de compagne et d'associée. Mais la loi de la perfectibilité est telle,

(1) Boutteville, *Exposé des motifs.*

qu'elle ne laisse jamais l'esprit humain entièrement satisfait du résultat obtenu ; elle lui montre sans cesse une nouvelle conquête à entreprendre, un progrès à réaliser, un degré à franchir pour se rapprocher de Dieu, qui est la fin suprême du beau et du bien. Il est donc permis d'espérer que le grand principe de l'égalité des sexes, fécondé par l'influence du christianisme, se développera de plus en plus dans notre législation, et que l'avenir comblera les lacunes que l'on peut y regretter aujourd'hui. Mais l'égalité des sexes n'exclut pas leur diversité. Puisse le législateur ne jamais perdre de vue cette vérité, méconnue aujourd'hui par quelques novateurs ! là seulement il trouvera la garantie d'un progrès durable, de réformes vraiment utiles.

TABLE DES MATIÈRES.

Préface 1

PREMIÈRE PARTIE. — RÉSUMÉ HISTORIQUE.

§ Ier. — De la condition des femmes chez les anciens peuples de l'Orient 3
§ II. — De la condition des femmes chez les Grecs. 6
§ III. — De la condition des femmes chez les Romains. . . . 13
I. — Les rois. 13
II. — La république 20
III. — Coup d'œil sur l'état des mœurs et de la législation au commencement de l'empire. . . 25
IV. — Le christianisme. — Les empereurs. . . . 30
§ IV. — De la condition de la femme en Gaule et en Germanie. 39
§ V. — De la condition des femmes pendant la période féodale. 45
§ VI. — Dernier état de la législation. 52

DEUXIÈME PARTIE. — CONSIDÉRATIONS SUR L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE PREMIER. — Droits et devoirs de l'épouse. 55
§ Ier. — Rapports personnels des époux. 55
I. — Fidélité 56
II. — Secours. — Assistance 61
III. — Protection. — Obéissance 63
IV. — Cohabitation. 66
§ II. — Tutelle de la femme sur la personne de son mari interdit 71
§ III. — Divorce et séparation de corps. 72
§ IV. — Des seconds mariages 84

CHAPITRE II. — Droits et devoirs de la mère. 87
§ Ier. — Droit de garde et de correction 89
§ II. — Droit de consentir au mariage de ses enfants. . . . 91
§ III. — Droit de tutelle 93
CHAPITRE III. — Du contrat de mariage. 97
§ Ier. — Régime de communauté. 97
§ II. — Régimes exclusifs de communauté 100
§ III. — Régime dotal. 101
CHAPITRE IV. — De la séparation de biens judiciaire . 103
CHAPITRE V. — De l'incapacité civile de la femme mariée 107
§ Ier. — Fondement de l'incapacité de la femme mariée. . . 107
§ II. — Caractère général de cette incapacité 108
Conclusion 119

SPR
6/5/71

ERRATA.

—

Page 57, ligne 6, — tonsure, — *lisez :* tonsurée.
Page 58, ligne 24, — réprocité, — *lisez :* réciprocité.
Page 63, ligne 20, — certains, — *lisez :* certain.

Paris, imp. de Pommerey et Moreau, 42, rue Vavin.